image
not
available

J. rom. C. 137/ glück
50,1

E

Digitized by Google

<36626002990013

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach Hellfeld
ein Commentar
begründet von
D. Christian Friedrich von Glück
fortgesetzt von
D. Christian Friedrich Mühlenbruch und D. Eduard Fein
und nach deren Tode
neben D. Carl Ludwig Arndts
von
D. Burkard Wilhelm Leist,
Großherzogl. und Herzogl. Sächsischem Geheimen Justizrath, ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Jena, Ritter des Großh. Sächs. Falkenordens und des Sächs. Ernest. Hausordens I. Kl.

Serie der Bücher 37. und 38.
Erster Theil.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)
1870.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Dem

Andenken Hugo's,

des Gründers der historischen Schule, des regen Förderers und Forschers auch in der Lehre von der bonorum possessio, meines theuren Pflegvaters und Lehrers, — dem ich meine erste Arbeit auf diesem Gebiete geweiht, widme ich auch diese letzte.

Vorrede.

Die Uebernahme der Bearbeitung von Buch 37 und 38 dieses Commentars führt mich zunächst auf eine Lehre, die ich vor einem Vierteljahrhundert in einer umfassenden Monographie untersucht habe. Theils die neueren Erscheinungen auf diesem Gebiete, theils mein eigenes eingewurzeltes Interesse an dieser Lehre haben in mir unausgesetzt das Streben nach tieferer Durchdringung eines Instituts wach erhalten, welches in so mancher Hinsicht den Reiz eines zu lösenden Räthsels in sich birgt. Indem ich jetzt eine neue Bearbeitung der bonorum possessio unternehme, ist es das Ziel meines Strebens, daß meine Auffassung dieses merkwürdigen Instituts den Eindruck einer innerlich ausgereiften machen möge.

Jedenfalls aber wird man finden, daß die vorliegende Bearbeitung der bonorum possessio eine von meiner früheren sehr verschiedene ist. Schon der Stand=

punkt, von dem in diesem Commentar die Behandlung des betreffenden Rechtsinstituts ausgehen muß, forderte dies mit Nothwendigkeit. Die eigentliche Aufgabe dieses Commentars, Klarstellung des Digestenmaterials, muß auf einem anderen Wege gelöst werden, als auf dem sich die monographisch isolirende Untersuchung eines Rechtsinstituts bewegt. Andererseits aber freilich schien mir der besondere Charakter des Instituts der bonorum possessio, als unumgängliche Bedingung einer gedeihlichen Behandlung, eine wenn auch nicht isolirende doch zusammenfassende Bearbeitung zu fordern, wie sie in den übrigen Partieen dieses Commentars weder ausgeführt worden ist noch auch nöthig war.

Die Lehre von der bonorum possessio tritt uns in den Digestenbüchern 37. und 38. in einer größeren Zahl von zum Theil kleinen Titeln entgegen, die überdies nicht einmal alle nebeneinander stehen, sondern mit den die Patronatsverhältnisse und die Intestaterbfolge enthaltenden Titeln zusammengemischt sind. In diesem Commentar nun aber diese Lehren genau nach Abtrennung und Reihenfolge der Titel behandeln, würde — ich brauche dies wohl nicht weiter zu motiviren — ein völlig unleidliches und ungenießbares Resultat ergeben. Die bonorum possessio ist ein systematisches Ganzes, welches als solches erkannt sein will, und wobei das namentlich in den kleinen Digestentiteln Enthaltene nur einzelne Bruchstücke bildet, die, um rich-

tig begriffen zu werden, an der ihnen zukommenden Stelle im Bau des Ganzen eingefügt sein müssen.

Hierzu kommt noch Folgendes. In den Digesten stehen hinter den Büchern 37. und 38. noch zwei kleine, aber für die Lehre von der bonorum possessio sehr schwer wiegende Titel, der von der pro herede usucapio handelnde 41. 5., und der das Interdict quorum bonorum enthaltende 43. 2. Es ist meiner Meinung nach eine völlige Unmöglichkeit, in diesem Commentar die bonorum possessio richtig zu behandeln, wenn nicht diese beiden Titel mit in die Darstellung hineingezogen werden.

Von diesen Gesichtspunkten aus habe ich folgenden Weg der Bearbeitung eingeschlagen.

Die zehn Titel:

37. 1. (de bonorum possessionibus)
37. 2. (si tabulae testamenti extabunt)
37. 3. (de bon. poss. furioso infanti cet.)
38. 9. (de successorio edicto)
38. 12. (de veteranorum et milit. succ.)
38. 13. (quibus non competit b. p.)
38. 14. (ut ex legib. senatusvecons.)
38. 15. (quis ordo in possession.)
41. 5. (pro herede vel pro possess.)
43. 2. (quorum bonorum)

fasse ich zusammen, um auf dieser Quellengrundlage, in Verbindung mit dem sonstigen Quellenmaterial, ins-

besondere Gaius und dem hier so reichen Cicero, eine systematische Gesammtdarstellung des Instituts der bonorum possessio zu geben. Dieselbe wird in diesem und dem folgenden Bande ihren Platz finden. Hierauf werden die Specialdarstellungen der einzelnen Klassen: contra tabulas bonorum possessio (mit ihren Nebenlehren), secundum tabulas bonorum possessio u. s. w. nach der Digestenordnung folgen. Um aber die in diesem Commentar festgehaltene Titelfolge zu bewahren, wird auch von den in die systematische Gesammtdarstellung vereinigten Titeln jeder seinen äußeren Platz behalten verbunden mit dem Citate, wo seine Erläuterung zu finden sei, und mit etwaigen abgesonderten Detailfragen, die in der systematischen Gesammtdarstellung nicht ihren richtigen Platz finden konnten.

Die folgende Uebersicht der Paragraphenordnung wird es veranschaulichen, wie hiernach der gesammte Stoff der Bücher 37. und 38. disponirt ist.

Jena, 23. December 1869.

Nachschrift.

Am Schluß des Drucks muß ich noch zwei inzwischen mir zugekommene literarische Erscheinungen, die ich nicht mehr habe benutzen können, nachtragen.

Die eine ist der in Folge eigenthümlicher Um-

stände erst so spät in meine Hand gelangte 2te Band von Kuntze's Institutionen und Geschichte des Röm. Rechts (1869). Ich notire hier nur kurz, daß Kuntze S. 535 ff. sich Denen anschließt, welche den Ursprung der bonorum possessio aus der prätorischen Regulirung der pro herede usucapio (also einer Verfügung über die corpora hereditaria) ableiten, und daß er dafür besonders das Interesse der Cognaten in den Vordergrund stellt. Kuntze sucht diese Ansicht mit der meinigen, wonach der Prätor den nach Civilrecht bestehenden Klassen die Aufeinanderfolge, successio, gewährte (also Verfügung über die Universalsuccession), sowie mit der Ansicht von Hingst zu vereinigen. Diese letztere bezeichnet er dahin, daß „der Prätor zu allererst bezweckt habe, das freie Belieben des ersten Zugreifers zu beschränken und gewisse Grundsätze für das Recht des Zugreifens festzustellen, wofür die äußerliche Ordnungsmäßigkeit des Testaments bez. der einfache Intestaterbtitel genügen sollte" (vgl. unten Ziff. 29).

Die andere Publication ist eine auswärtige. Es ist im höchsten Grade erfreulich, daß das Institut der bonorum possessio, dieser Schlüssel zum tieferen Verständniß des römischen Erbrechts, in neuerer Zeit auch wieder im Schooße anderer Nationen zum Gegenstande wissenschaftlicher Untersuchungen (unter eifriger Benutzung unserer deutschen Literatur) gemacht wird. Zu den Holländern Hingst und Janssonius, dem Italiener

Alibrandi tritt jetzt auch ein Franzose mit einer interessanten Schrift:

La bonorum possessio sous les empereurs romains depuis le commencement du II^{me} siècle jusqu'à Justinien exclusivement; par ***Jacques Flach***, avocat. (Paris. Ernest Thorin. 1870.)

Der Vf. erwähnt darin p. 2., daß er bereits früher eine (leider mir noch nicht zu Gesicht gekommene) Schrift über: la bonorum possessio à l'époque classique geschrieben habe, in der er, nach dem kurzen jetzt (p. 6.) gegebenen Resumé zu urtheilen, im Wesentlichen meine Ansicht über den Ursprung des Instituts adoptirt. Dagegen diese neue die Kaiserzeit behandelnde Schrift ist zu einem bedeutenden Theil gegen meine Ansichten gerichtet. Ich werde darauf in der Fortführung des Commentars genauer eingehen. Der Verfasser verspricht auch noch eine dritte Schrift: über die bon. poss. unter Justinian und in der späteren Zeit. Ich sehe dieser Arbeit mit lebhaftem Verlangen entgegen.

den 28. Mai 1870.

Uebersicht der Paragraphenordnung für die Bücher 37. und 38.

I. Allgemeine Darstellung des Systems der bonorum possessio.

		Hellfeld:
Tit. 37. 1.	de bonorum possessionibus .	§. 1598—1602.
verbunden mit:		
37. 2.	si tabulae testamenti extabunt.	§. 1603.
37. 3.	de bonorum possessione furioso infanti muto surdo coeco competente	§. 1604.
38. 9.	de successorio edicto . . .	§. 1633.
38. 12.	de veteranorum et militum successione	§. 1636.
38. 13.	quibus non competit bonorum possessio	§. 1637.
38. 14.	ut ex legibus senatusve consultis b. p. detur	§. 1638.
38. 15.	quis ordo in possessionibus servetur	§. 1639.
41. 5.	pro herede vel pro possessore	§. 1778.
43. 2.	quorum bonorum	§. 1841—1844.

Hellfeld:

V. Intestaterblehre.

A. Civilrecht (altes) und bonorum possessio.

Inhaltsverzeichniß.

Der römische Erbrechtsbesitz in seiner ursprünglichen Gestalt.

Lib. XXXVII. Tit. 1. de bonorum possessionibus.

§. 1598.

Der Quellenbegriff der bon. poss. und dessen Behandlung in Deutschland.

§. 1598 a.

Die bonorum possessio eine magistratische Erbrechtsbesitzregulirung.

§. 1598 b.

Zusammenhang der bonorum possessio mit dem Proceßregulirungsverfahren.

28) Einwirkung des Ertheiltseins der b. p. auf die Besitzfrage im Erbschaftsproceß. — 29) Die Hingst'sche Theorie über die Entstehung der b. p. — 30) Stellung dieser Theorie zur Fabricius'schen. — 31) Die vier Acte des Vindicationsprocesses sacramento. — 32) Vereinbarung der Parteien über den Besitz (si convenit). deductio moribus. — 33) Streit der Parteien über die Besitzfrage und Feststellung derselben durch prätorische causae cognitio und decretum vor dem Vindicationsverfahren. Aus dieser extraordinaria cognitio Entwicklung der Interdicta Uti possidetis und Utrubi. — 34) Bedeutung der manus consertae. Zusammenhang zwischen der materiellen Besitzfeststellung (durch conventio oder prätorisches Decret), der formellen Constatirung des Besitzes in den manus consertae, und der Vindicienertheilung. — 35) Das Verfahren per sponsionem. — 36) Gegeneinanderstellung der Bedeutung der manus consertae und der Interdicta retinendae possessionis gegenüber dem Eigenthumsproceß, und der Bedeutung einer ertheilten b. p. gegenüber dem Erbschaftsproceß. — 37) Gegeneinanderstellung der für den Einzelbesitz und der für die b. p. erforderlichen Legitimation.

§. 1598 c.

Zusammenhang der bonorum possessio mit der pro herede usucapio. Titul. D. pro herede vel pro possessore 41. 5.

38) Einleitung. I. Die *pro herede usucapio* als Erbrechtsersitzung. Haftung des heres für die sacra und für die Schulden. Haftung des Erbrechtsusucapienten als velut heres. — 39) II. Die Pontificaledicte über

vola'schen Pontificaledict. — 58) VI. Ist aus der *pro herede usucapio* der Ursprung der *bonorum possessio* zu erklären? Darstellung der Huschke'schen Ansicht. — 59) Unzulässigkeit der Annahme, daß die b. p. ursprünglich sich nur auf die corpora hereditaria bezogen, also utiles actiones noch nicht enthalten habe. — 60) Fraglicher Zusammenhang zwischen der Richtung der b. p. auf die universitas der bona und dem Gerichtetsein der älteren pro herede usucapio auf das Erbrecht. Gegensatz der pro herede possessio (als einseitiger Occupation) und der bonor. poss. (als prätorischer datio). — 61) Beziehung der lex Furia testamentaria zur Einführung der bonorum possessio.

§. 1598 d.

Die von der bonor. poss. ursprünglich gewährten Rechte.

(I. Iuris possessio. — b. p. cum re und sine re. — ratio der Einführung des Instituts. — II. Fictitiae actiones, Interdictum quorum bonorum, sonstige Rechtsmittel. — III. Besitz und in bonis des bonorum possessor.)

62) I. Die in der *bonorum possessio* liegende *iuris possessio.* A. Bedeutung derselben: eine possessorische Gewährung des Erbrechts. Der bonorum possessor ist vice heredis, velut heres, loco heredis. Gleichmäßigkeit der Ertheilung dieser iuris possessio sowohl für den heres wie für den non heres. — 63) Bedeutung des Worts bona (ebenso wie hereditas) = Universalsuccession. Haftung des bon. possessor für die Schulden. Regeln der Delation und Acquisition. — 64) Accrescenzrecht bei der bonorum possessio. Recht des bonorum possessor auf die Familien- und Erb-Begräbnisse. Zusammenhang dieses ius sepulcrorum mit der Pflicht zur Prästirung der sacra. — 65) Ertheilung der b. p. an den heres oder an den non heres. Bonorum possessio cum re und sine re. — 66) B. Die Mo-

Dominium des bonorum possessor auf Grund der ficticischen Eigenthumsklage. — 85) Gesammtresultat in Betreff des Begriffs der bon. possessio. Erklärung der Ulpian'schen Definition in fr. 3. §. 2. de b. p. —

§. 1598. e.

Die einzelnen Klassen der ursprünglich gegebenen bonorum possessio.

86) I. Die *bonorum possessio confirmandi iuris civilis gratia data.* Stellung derselben auch noch im Justinianeischen Recht. §. 1—4. I. de bon. poss. A. Die *bonorum possessio secundum tabulas.* 1) Interpretation der Edictsworte. a) Die legale Siegelzahl. b) dare der possessio, nicht der hereditas. Object der bonorum possessio. Entstehung des Namens: „*hereditatis* possessio". — 87) c) Prolation und später bloßes extare der Tabulä. *Tit. D. si tabulae testamenti extabunt. 37. 2.* Vergleichung mit dem Verrinischen Edict. d) Erforderniß der tabulae (schriftlichen Testaments). — 88) e) Voraussetzung, daß die tabulae ein Testament seien. Die Testamentsform des Civilrechts per aes et libram; tabulae testamenti; Obsignation derselben. — 89) Princip der b. p. secundum tabulas: Ertheilung aus einem recte factum testamentum. Ertheilung aus einem civilrechtlich ungültigen Testament ist nicht ex edicto data. — 90) Erforderniß der utilis institutio; supremae tabulae; Richtung der b. p. auf Institution und Substitution. Erforderniß der testamentifactio. — 91) Unterschied zwischen einer nicht ex edicto data b. p. und einer b. p. sine re, sowohl in Betreff weiterer Ertheilung der b. p., wie in Betreff des Klagens und Belangtwerdens, wie endlich rücksichtlich der Legatenzahlung bei der b. p. sec. tab. — 92) Die neue prätorische Rechtsbestimmung über die Siebensiegelzahl. — 93) Die von den Pandektenjuristen gegebenen Erörterungen in Betreff dieser Rechtsbestimmung. —

Lib. XXXVII. Tit. I.

De bonorum possessionibus.

[Verbunden mit den tituli: 37. 2. si tabulae testamenti extabunt; 37. 3. de bonorum possessione furioso infanti muto surdo caeco competente; 38. 9. de successorio edicto; 38. 12. de veteranorum et militum successione; 38. 13. quibus non competit bonorum possessio; 38. 14. ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur; 38. 15. quis ordo in possessionibus servetur; 41. 5. pro herede vel pro possessore; 43. 2. quorum bonorum.]

Inst. Lib. III. Tit. 9. de bonorum possessionibus. — Cod. Lib. VI. Tit. 9. qui admitti ad bonorum possessionem possunt et intra quod tempus; Tit. 10. quando non petentium partes petentibus accrescant; Tit. 16. de successorio edicto; Tit 19. de repudianda bonorum possessione.

§. 1598.

Der Quellenbegriff der bon. possessio und dessen Behandlung in Deutschland.

I. Der Lehre von den Legaten, welche mit dem 36ten Buche der Pandekten abschließt, folgt in den Büchern 37 und 38 ein Complex von Titeln, die in eigenthümlich verschlungener Weise die drei Lehren von der bonorum possessio, vom Patronatsverhältnisse, und von der Civilintestaterbfolge umfassen. Das 37te Buch beginnt in seinem ersten Titel mit Erörterungen, die man als Einleitung in das ganze System der bonorum possessio bezeichnen kann.

Auch der Commentar über die Lehre von der bonorum possessio muß in Anknüpfung an diese Ordnung der Justinianeischen Digesten mit einer Einleitung beginnen. Aber eine solche kann sich nicht damit begnügen, nur eine Erörterung und Erklärung der in diesem Titel de bonorum possessionibus gerade zur Besprechung gebrachten Fragen zu geben. Sie muß tiefer greifen, und zwar aus folgendem Grunde.

Das Institut der bonorum possessio ist ein großes, systematisch genau in einander greifendes Ganzes. Will man dasselbe verstehen, so ist unerläßlich, die leitenden Grundgedanken dieses Ganzen darzulegen. Und zwar besteht die Ermittelung dieser Grundgedanken hier kaum nach irgend einer Richtung darin, daß man (wie dies in so vielen anderen Rechtslehren die Aufgabe ist), factisch-natürliche Elemente aufzusuchen hätte, welche das betreffende Lebensverhältniß bereits in sich trägt, und denen gegenüber die positive Rechtssatzung keinen anderen Willen hat, als daß sie auch im Rechtsgebiete zur Anwendung kommen sollen. Die bonorum possessio ist vielmehr ein rein positives, geschichtlich gewordenes Institut, hervorgerufen aus gewissen practischen Utilitätsprincipien der Aequität, und dann hineingezogen und verwachsen mit dem ganzen historischen Entwicklungsgange, den die Ausbildung des gesammten Erbrechtes bei den Römern genommen hat.

In diesem Entwicklungsgange hat die bonorum possessio verschiedene Phasen durchgemacht, deren jede ein größeres oder geringeres Residuum zurückließ, welches in die Justinianeische Compilation aufgenommen worden ist. Soll daher diese Compilation verstanden und in ihrem practischen Endresultate festgestellt werden, soll also eine das gesammte Institut in ausführlicher

Weise umfassende, wirkliche „theoretisch=practische" Erläuterung gegeben werden, so muß sie auf der genauen historischen Untersuchung jener verschiedenen Phasen ruhen.

Dies ist nicht dahin zu verstehen, daß hier eine Darstellung des Instituts in der Form einer Geschichte desselben zu geben wäre. Wohl aber erscheint es als unumgänglich nöthig, die der Specialdarstellung der einzelnen Theile in Anknüpfung an den Titel de bonorum possessionibus vorauszusendende allgemeine Zusammenstellung des Ganzen so einzurichten, daß die systematischen Grundgedanken, welche dieses Rechtsinstitut in seinen verschiedenen Wandelungen beherrscht haben, in ihrer geschichtlichen Reihenfolge vorgeführt werden. Nur so läßt es sich zur Anschauung bringen, wie das im Corpus Juris Vereinigte aus den wesentlich sich unterscheidenden Grundgedanken sehr auseinanderliegender Zeiten seine Erklärung zu schöpfen hat.

Die bonorum possessio ist zuerst ein prätorisches Beneficium der Zutheilung des Erbrechtsbesitzes gewesen, dann ist sie ein eigenes prätorisches Erbrecht geworden, und schließlich hat sie sich mit dem Civilerbrecht verschmolzen. Und doch ist dabei das Eigenthümliche, daß die Begriffserklärung, welche unsere Quellen von dem Institute geben, gleichmäßig für alle diese drei Phasen gilt. Die Aufgabe der allgemeinen systematischen Darstellung der bonorum possessio besteht also darin, auf der Basis dieses Quellenbegriffs alle die Verzweigungen vorzuführen, die im ganzen Gebiete des Corpus Juris der Begriff in seiner ersten, zweiten und dritten Phase zurückgelassen hat.

2. Die Ausführung des Begriffs der bonorum

possessio bildet gleich den Anfang des Titels de bonorum possessionibus.

Fr. 1. h. t. (Ulpianus l. 39. ad ed.): Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt coniuncta.

Fr. 2. eod. (Idem l. 14. ad ed.): In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur.

Fr. 3. eod. (Idem l. 39. ad ed.): Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt *universitatis cuiusque successionem*, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. §. 1. Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, *non uti rerum possessio* accipienda est: est enim *iuris magis quam corporis possessio*. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem agnitam Labeo ait. §. 2. Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit.

Wir sehen aus dieser im Verlauf der Darstellung noch sehr eingehend zu prüfenden Stelle von vorn herein jedenfalls das Eine, daß der Kern der Sache — nämlich die Bezeichnung der bonorum possessio nicht als eines bloßen Besitzes der corpora, sondern als eines Besitzes des ius an der universitas — zu den Zeiten des Labeo beim Beginne der classischen

Zeit, wie des Ulpian am Schlusse der classischen Zeit, wie endlich Justinian's, der die Stelle des Ulpian in den Pandekten sanctionirt, stets einer und derselbe gewesen ist. Und doch hat dieser selbe Begriff in diesen verschiedenen Zeiten eine so ganz verschiedene practische Bedeutung gehabt.

Die Römer bezeichnen die einzelnen Theile des ganzen Instituts zunächst dogmatisch nach der Stellung, die der bonorum possessor zum Willen des Erblassers einnimmt, also als bonorum possessio contra tabulas, secundum tabulas und als ab intestato zuständige bonorum possessio.

Fr. 6. §. 1. h. t. (Paulus): Bonorum possessionis *beneficium* multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt *contra voluntatem*, quaedam *secundum voluntatem* defunctorum, nec non *ab intestato* habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem [1]).

Die weitere Charakteristik des Instituts von Seiten der Römer stützt sich auf die historische Stellung seiner einzelnen Theile zum Civilrecht.

Pr. J. h. t.: Jus bonorum possessionis introductum est a praetore *emendandi veteris iuris* gratia. nec solum in intestatorum hereditatibus vetus

1) Vgl. Ulpian. XXVIII (de possessionibus dandis) 1. Bonorum possessio datur aut contra tabulas testamenti, aut secundum tabulas, (aut) intestati.

ius eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. . . . §. 1. Aliquando tamen *neque emendandi neque impugnandi veteris iuris*, sed magis *confirmandi gratia* pollicetur bonorum possessionem. . . . §. 2. . . adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur: nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum *ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit.*

Diese drei Begriffe: daß der Prätor bei der bonorum possessio einerseits emendandi und impugnandi (oder corrigendi), andererseits confirmandi, und endlich zur Dilatirung des zu engen Civilrechts supplendi iuris civilis gratia verfahren sei, haben die Römer auch ganz allgemein zur Bezeichnung der Bedeutung des prätorischen Rechtes gegenüber dem Civilrechte verwendet [2]). Aber dasjenige prätorische Institut, in welchem die einzelnen Theile nach diesen drei Gesichtspunkten genau auseinander gelegt worden sind, ist doch eben allein die bonorum possessio. Die Institutionen machen dabei offenbar noch einen gewissen Unterschied zwischen der Emendation und der Impugnation. Indem sie jedenfalls nicht sagen wollen, daß die impugnatorischen oder correctorischen Klassen der Anfang des Instituts gewesen seien, so kann man im Uebrigen noch immer darüber zweifeln, wie im Genaueren

2) Fr. 7. §. 1. de iust. et iure. l. 1. (Papinian): Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

ihr Ausspruch gemeint sei, daß die bonorum possessio zur Emendation des Civilrechts eingeführt worden sei. Es kann damit gesagt sein sollen, daß das ganze Institut unter einem zusammenfassenden Gesichtspunkte (also das ganze ius bonorum possessionis) als ein zur Emendation des Civilrechts eingeführtes zu bezeichnen sei; woran dann gleich die weitere Bemerkung geknüpft wird, daß von den einzelnen Theilen des Instituts speciell unter diese Bezeichnung der Emendation auch das falle, was vorher schon in der Intestaterblehre hervorgehoben worden war und was hier nun gleich noch (rücksichtlich der Instituirbarkeit der postumi) aus der testamentarischen Lehre angefügt wird [3]). Man kann die Worte aber auch so deuten, daß sie (vielleicht gestützt auf eine ältere Quellennotiz) sagen wollen: schon der ursprüngliche Einführungsgrund der bonorum possessio beruhte auf dem Zwecke der Emendation des Civilrechts, und dieses emendatorische Streben tritt auch noch weiter in einzelnen Theilen der Intestat- und testamentarischen Succession hervor.

Wie man aber auch die Institutionenverfasser verstehen möge, jedenfalls ist die Stelle nicht dazu angethan, daß man sich bei diesem allgemeinen und zwei-

3) Jedenfalls ist die Stelle nicht so zu verstehen, als wenn sie behauptete, die bonorum possessio sei zwecks Feststellung dieser erwähnten Punkte der Intestatsuccession und der Instituirbarkeit der Postumi eingeführt worden. Vielmehr sind es zwei selbständige Sätze: 1) die bonorum possessio ist zwecks Emendation des Civilrechts eingeführt worden; 2) diese Emendation tritt auch bei ihren einzelnen Theilen speciell in der Intestaterblehre und bei der testamentarischen Succession hervor.

deutigen Ausdrucke beruhigen könnte. Vielmehr bedarf es der genauesten Untersuchung des gesammten uns von den Quellen gebotenen Materials, um bei diesem Institute wo möglich seinen ursprünglichen Kern und das im Verlaufe der Zeiten dazu Hinzugetretene auseinander zu legen.

3. Das Bedürfniß, auf historischem Wege das Verständniß des Instituts zu gewinnen, ist erst in der neueren Zeit, hier nun aber um so lebendiger hervorgetreten. Die ältere Literatur unserer Lehre darf in dieser Hinsicht im großen Ganzen als werthlos bezeichnet werden, und die Charakterisirung und Benutzung dieser älteren Literatur muß daher, abgesehen von dem gleich folgenden Ueberblicke, für einen späteren Ort, wo nach einer anderen Richtung hin ihre auch für die Gegenwart noch vorhandene Bedeutung darzulegen sein wird, aufgespart werden. Wie nothwendig es für die Wissenschaft sei, sich an dem „Problem" der geschichtlichen Durchleuchtung unseres Instituts zu versuchen [4]), dafür lie-

4) Keller, Pandekten §. 458: „So zuverlässig diese Bedeutung des Gegensatzes zwischen hereditas und bonorum possessio sich nun aber auch in den Schriften der classischen Juristen, wo wir denselben auf dem Gipfel seiner Entwicklung erblicken, abspiegelt, so irrig ist es dagegen, wenn man aus diesem Gedanken meistens nicht allein den Erfolg der bonorum possessio begreifen, sondern auch den Ursprung und die Veranlassung derselben ableiten wollte. Es ist dies historisch eben so falsch, als von dem Gesichtspunkte der Rechtsbildung unbegreiflich. Wir müssen vielmehr offen anerkennen, daß die Frage im Bisherigen noch ganz unbeantwortet sei, wie die Römer und ihre Prätoren dazu kamen, dieses Rad der bonorum possessio in das Getriebe ihres Erbrechts hinein zu bringen und gerade auf die-

fert gerade diese ältere Literatur den sprechendsten Beweis. Die bonorum possessio ist in der Justinianeischen Compilation in einer Fülle des Materials zusammengetragen worden, welches, man mögte fast sagen: in allen Zeilen, die Ueberbleibsel vergangener Zeiten mit sich führt. Die Frage drängt sich also auf, wie alles dies früher in anderem Sinne Geschriebene vom Standpunkte des Justinianeischen Rechts aus zu verstehen sei, und dies ist wieder die Vorfrage dafür, wie das im Corpus Juris sich Vorfindende in der neueren deutschen Rechtshandhabung zu verwenden sei. Danach hat die historische Untersuchung der verschiedenen Stadien, die die bonorum possessio durchlaufen hat, nicht bloß das Interesse, welches die Entwicklung eines jeden großen Rechtsinstituts bei einem in Rechtsangelegenheiten so vorzugsweise begabten Volk, wie es die Römer waren, unter allen Umständen in Anspruch nimmt. Sie hat vielmehr die Bedeutung, daß nur auf ihrem Wege mit Sicherheit die Ausscheidung des schließlich nicht mehr Anwendbaren, und die Uminterpretirung des gegenwärtig in einem anderen Sinn, als den es früher hatte, zu Verstehenden sich vollziehen läßt. Diese ausscheidende und uminterpretirende Thätigkeit ist also doch eine unerläßliche auf practische Resultate gerichtete Arbeit; sie ist, auch wenn sie zunächst große Umwege zu gehen scheint, der einzig wirklich zum Ziel führende Weg wissenschaftlicher Untersuchung. Und gerade die Ausscheidung und Umdeutung des überwiegenden Materials ist in der Lehre von der bonorum possessio die Hauptsache, um die kleinere

sem Wege die Ausbildung des letzteren zu suchen und zu den beschriebenen Resultaten zu führen . . . . Die Grundzüge dieser Lösung des Problems sind folgende" u. s. w.

Masse des Materials als sicheres practisches Endresultat nachweisen zu können.

Daß sich dieses Endresultat nicht ohne den Umweg der historischen Untersuchung erreichen läßt, das beweisen eben, wie bemerkt, die Arbeiten der älteren Literatur. Sie bieten, — meist nur mit trockener Wiederholung der Quellenworte, und mit unmotivirter Bevorzugung einzelner einmal Mode gewordener — Controverspunkte, — Erörterungen, bei denen man vollkommen im Dunkel bleibt, was eigentlich von dem ganzen System im Rechtsleben noch anwendbar sei oder nicht. Danach ist es denn auch — bei dem herrschenden mehr oder weniger klaren Gefühl, daß jedenfalls nicht Alles so wie man es buchstäblich in den Pandekten liest, gelten könne, — nicht zu verwundern, wie manche Schriftsteller einfach in das wiederum ganz unbefriedigende Extrem verfallen, das Ganze, das doch in so unlöslicher Weise mit dem gesammten römischen Erbrecht verwachsen ist, ohne Weiteres für völlig unanwendbar zu erklären, ja auch einfach als werthlos zu überspringen. Folgende Uebersicht, wie die hervortretendsten Schriftsteller (insbesondere in Deutschland) im Laufe des 16., 17. und 18. Jahrhunderts, bis zum Beginne der Arbeiten der historischen Schule, die Lehre von der bonorum possessio behandelt haben, wird zur Rechtfertigung des richtigen dem Institute gegenüber einzunehmenden Standpunktes hier genügen.

1. In Betreff der Erkenntniß des Wesens der bonorum possessio bringen es die Schriftsteller der vorigen Jahrhunderte [5]) nicht über eine dürftige Zu-

5) Vgl. Joh. Schneidewini († 1568) in Institut. Com-

sammenstellung der in den Quellen dargebotenen Definitionen und Eintheilungen. Ein wirkliches Verständniß fehlt gänzlich.

ment. (ein nach dem Tode des Wittenberger Professors herausgegebenes weitverbreitetes Collegienheft, das sich noch wesentlich an die Italiener anlehnt; zuerst 1573 v. Wesenbeck, 1596 v. Dion. Gothofredus herausgegeben.) Ausg. v. 1652 p. 794—806. — Hub. Giphanii († 1604) Explanat. in Inst. ad. tit. de b. p. (1630 Argent.) Arn. Vinnii († 1657) Comment. in Institut. Ausg. v. Heinecc. 1761 p. 635—645. — Ulr. Huberi († 1694) Praelect. iur. civ. Ausg. 4. v. 1749. p. 266. (ad Inst. 3. 9), p. 1372—1388 (ad Dig. l. 37. 38). — Joh. Brunnemanni († 1672) Commentar. in Codic. Ausg. v. 1672. Lips. p. 673—687. Commentar. in Pand. Ausg. v. 1731. Wittenb. p. 1056—1089. — Wolfg. Ad. Lauterbach († 1678) Colleg. theor. pract. Ausg. v. 1706. Tubing. II p. 1200—1301. — Quirin. Schacher Collegium practicum. Ausg. v. Chr. Hartm. Schacher 1685 Lips. p. 328—346. — Geo. Ad. Struvii († 1692) Syntagma iur. civ. Ausg. v. 1682. Jen. II p. 394—464. — Petr. Mülleri († 1696) Additiones ad Struv. Synt. 1698. Francof. et Lips. II p. 978—1040. — Joh. Voet († 1714) Comment. ad Pand. Ausg. v. 1734. Hag. II. p. 543—578. — Joh. Schilteri († 1705) Praxis iur. Rom. Ausg. v. Chr. Thomas. 1733. Francof. II p. 30 s. p. 43—50. p. 584—609. — Joa. Joach. Schoepfferi Synopsis iuris privati Rom. et for. Ausg. v. Richter 1749 Ratisb. p. 491—504. — Joh. Kleinii Annotationes ad Schoepfferi Synops. Ausg. v. Müller 1706 Rostoch. et Lips. p. 500—518. — Sam. Strykii († 1710) Usus modernus Pandect. Ausg. v. Joh. Sam. Stryk. 1713. Hal. III p. 1074—1175. — Joh. Henr. de Berger († 1732) Oeconomia iuris ad us. hod. acc.

Man sagte mit höchst geringen Variationen: Die bonorum possessio ist das ius persequendi retinendique patrimonii sive rei quae cuiusque cum moritur fuit. Sie ist, obgleich der Prätor heredem facere non potest in effectu, nichts Anderes wie die hereditas, eine successio in universum ius. Sie ist nicht, wie die possessio, eine res facti, sondern sie consistirt in mero iure, ein Beneficium des Prätors gegeben zur Erlangung des Vermögens des Verstorbenen. Danach gewährt sie, gerade wie die hereditas die civilis hereditatis petitio erzeugt, mit gleichen Wirkungen die hereditatis petitio possessoria. Das ius universitatis der bonorum possessio ist weder als dominium zu bezeichnen noch als possessio, sondern ist eine eigene species des ius in re. Der Prätor kann kein quiritarisches Eigenthum verleihen, ja (nach Manchen) auch nicht einmal bonitarisches, und deßhalb hat er sein Institut mit dem Beiworte possessio versehen,

Ausg. v. 1794 Darmst. p. 351. s. — Müller Promtuarium iuris novum (1785. Lips.) I p. 691—711. Bertochii Promtuarium iuris Ausg. v. Günther (1788. Lips.) I p. 182—188. — Joh. Gottl. Heineccii († 1741) Antiquitatum Rom. Syntagma. Ausg. v. Mühlenbruch p. 502—513. — Wig. Xav. Al. v. Kreittmayr († 1790) Anmerkungen üb. d. Cod. Max. Bav. München 1763. III. p. 841. f., p. 867—873, p. 875—878. — Augustini Leyseri († 1752) Meditationes ad Pand. Ausg. v. 1778. Frankenth. VI. p. 1023—1133. — Joh. Aug. Hellfeld († 1782) Jurispr. forens. h. t. — L. J. Fr. Höpfner († 1797) Commentar üb. die Heinecc. Instit. Ausg. v. 1793. S. 585—591. — Jos. Christ. Koch († 1808) Bonorum possessio. Liter. Testament nebst Commentar, Revision und Codicill. 1799.

um zu zeigen, daß kein Eigenthumserwerb, auch nicht einmal der bonitarische, vom Prätor ausgehe, sondern daß das Eigenthum, nach der alten Idee der Volksfreiheit, welche die legum potestas den Comitien beilegt, lediglich sich auf das ius civile stütze. Da aber die bonorum possessio ebenso wie die hereditas ein ius in re universale gewährt, so stehen sich quoad effectum bonorum possessio und hereditas ganz gleich; die bonorum possessio quoad substantium suam et formam saltem genericam ist ipsissima hereditas; die bonorum possessio unterscheidet sich von der hereditas nur durch die causa efficiens und durch den modus acquirendi extrinsecus. Dieser modus acquirendi besteht darin, daß, während die hereditas innerhalb 30 Jahren angetreten werden kann, die bonorum possessio vor einem Richter innerhalb 100 utiles dies a die scientiae agnoscirt werden muß, worin aber, da man die Delation erst nach 30 Jahren erfahren haben kann, für die bonorum possessio ein Vortheil liegt.

Die bonorum possessio theilte man übrigens noch in verschiedene Arten: edictalis und decretalis (zu letzterer wird gewöhnlich die Carboniana und ventris nomine gerechnet) einerseits, und ordinaria und extraordinaria andrerseits. Ueber den Sinn dieser Eintheilungen werden verschiedene Erklärungen gegeben, auf die hier noch nicht eingegangen zu werden braucht.

5. Das geringe Verständniß der Lehre von der bonorum possessio, dessen dunkles Bewußtsein sich öfters in Klagen über die Schwierigkeit der Lehre Luft macht [6]), ist die Folge der Unkenntniß über den

6) Z. B. **Giphanius** Explanat. diff. leg. Cod. Col. Planc. 1614. ad l. ult. C. unde liberi: „Hanc legem

historischen Entwicklungsgang des Instituts. Ueber diesen letzteren sagen die Schriftsteller meist gar nichts. Lassen sie sich auf die Frage überhaupt ein, so geben sie gewöhnlich nur allgemeine Bemerkungen. So z. B. die Schilter'sche Deduction (p. 30): durch die 12 Tafeln seien allgemein alle Agnaten und Gentilen, auch die Frauen, zur Succession gerufen worden; hierauf habe die interpretatio prudentum dies restringirt, und „außer den Schwestern die übrigen consanguineae“ nicht zugelassen, welche subtilitas und asperitas der mittleren Jurisprudenz die lex Voconia bestätigte; und das sei auch in so weit ganz klug gewesen, als es zum Vortheil der respublica diene, wenn die Familien begütert seien. Nachher aber habe die naturalis ratio [7]) die civilis besiegt, und die Prätoren hätten allmälig, diese Asperität corrigirend, durch Einführung der bonorum possessio einen anderen ordo succedendi hinzugefügt. So sei ein neues ius succedendi in die respublica Romana gekommen, welches man vorsichtig nicht hereditas sondern bonorum possessio genannt habe, damit nicht vom senatus populusque

Bart. omnium difficillimam toto Codice esse ait, et Castr. horribilem esse ait.“ Kreittmayr a. a. O. S. 841: „Es hat diese prätorische Erbschaft oder bonorum possessio ihren Sitz hauptsächlich in Inst. lib. 4 (3) tit. 10 (9), Dig. L. 37 tit. 1 etc. Cod. L. 6 tit. 9 etc. und giebt den Schulleuten viel zu schaffen, weil sie sehr schwer zu verstehen ist.“ Koch a. a. O. Vorr. S. V. „Jeder, der in das Heiligthum der Themis eingedrungen, weiß, daß nur wenig Eingeweihte die Dogmen von der bonorum possessione in ihrer ganzen Klarheit eingesehen haben.“

7) Ueberwiegend wird die bonorum possessio auf die Aequität zurückgeführt.

Romanus die potestas legis ferendae als auf die Prätoren, die jährigen Magistrate, übertragen erschiene.

Wo man es versuchte, etwas genauer in das Wesen der prätorischen Thätigkeit, insbesondere auch bei Schaffung und Fortbildung der bonorum possessio, einzugehen, da verfiel man alsbald in die größten Abentheuerlichkeiten. Sehr bekannt in dieser Hinsicht ist die Heinecci'sche Ansicht von den Schlichen und Pfiffen, wodurch der Prätor das treffliche ius civile bei Seite zu schieben gewußt habe: „Praetores id praecipue egisse, ut leges sub specie aequitatis edictis suis everterent, eumque in finem nova commentatos esse vocabula. Huius rei specimen hic titulus dabit. Saepe enim, ubi hereditatem negabant leges, Praetores dabant bonorum possessionem, quum tamen inter ea vocabula, quod ad effectum attinet, parum differentiae essent". (l. c. p. 502). — Von gleicher Anschauung aus sagt Kreittmayr (a. a. O. S. 841): „Das Erbfolgs-Recht war anfänglich a iure civili sehr eng eingeschränkt, wurde aber nach der Hand von den Römischen Praetoribus ex aequo et bono immer mehr erweitert. Die Praetores hatten zwar kein ius legislatorium, und konnten an dem iure civili nichts abändern, folglich auch contra legem keine Erbschaft einräumen, sie thaten es aber gleichwohl auf eine verdeckte Weise unter anderen Namen, und ertheilten statt der Häredität die sogenannte bonorum possessionem, welches jedoch ein bloßes Spiegel-Gefecht war, denn es bedeutet hier bonorum possessio kein bloßes Innehaben, wie sich mancher einbildet, sondern das Recht und Eigenthum der Erbschaft selbst." — Am schroffsten formulirt diesen Gedanken der Rinteler Kanzler von Springer in seiner

Schrift: „Kann man das römische in Deutschland sogenannte gemeine Recht auf wenige einfache und allgemeine Regeln bringen?“ (1777) mit folgenden Worten (S. 47 und 51): „Die bonorum possessio oder prätorische Erbschaft ist auch wieder eine erbärmliche Rechtserdichtung.“ „Ich bleibe also dabey, daß die ganze Bonorum possessio eine offenbare Sophisterei ist, die allen möglichen Schikanen des gemeinen Advokatengeschlechts Thür und Thor öffnet, um die Hauptfrage von der wahren Erbschaft eben so zu verewigen, wie durch die Sequestration die Concursprocesse verewigt werden, meistens um Advokaten und Richter zu ernähren oder zu bereichern“ [8]). Und demgegenüber glaubt hinwiederum Koch „die Ehre des Prätors am sichersten retten zu können, wenn er seine Absichten, die er bei Einführung des neuen Successionssystems bezweckte, im Allgemeinen näher aufdeckt und vor Augen legt“ und zwar dahin, daß die Hauptabsicht war „ne quis sine successore moreretur, das ist, damit die Erbschaft nicht als bona vacantia an das Aerarium, an dessen Stelle nachher der Fiscus trat, fallen sollte.“ Das Prätorische Successionssystem war also im Grunde nur „zum Nachtheil der Nationoder des Souverains und dessen Staatskasse, oder nachher des Fiscus, und zum wahren Vortheil der Bürger entstanden und geformt“!

In dieser Lehre sind zum großen Glück durch Cicero alle Grundelemente des Instituts und zwar zu einem wesentlichen Theile in den Edictsworten selbst uns aufbewahrt, und ohne eine genaue Untersuchung dieser Grundquelle ist ein Verständniß der Lehre von vorn herein un-

8) Abgedruckt bei Koch a. a. O. S. 28. Die Schrift selbst habe ich nicht zu erlangen vermogt.

möglich. Aber davon ist in den vorigen Jahrhunderten gar nicht die Rede, kaum werden hie und da einige Hauptworte der Ciceronischen Hauptstelle, aber ohne alle weitere Bemerkung, mitgetheilt [9]).

6. Es bleibt noch übrig darzustellen, wie sich unsere deutsche Rechtsliteratur der früheren drei Jahrhunderte zur Frage von der practischen Geltung des Instituts in unserem deutschen Rechtsleben verhalten hat [10]).

Die älteren Schriftsteller, wie Schneidewinus, stehen in ihrer Anlehnung an die Italiener noch ganz auf dem Standpunkte, daß sie ihr Augenmerk lediglich auf den schließlichen Justinianeischen Willen richten; die Gegenüberstellung eines etwaigen das römische Recht modificirenden deutschen Gewohnheitsrechtes ist bei ihnen gar nicht zu finden, weil sich bei ihnen das Bewußtsein eines solchen selbständigen Factors noch gar nicht abgeklärt hat, sondern, wie bei Schneidewinus, erst in seinen Anfängen (durch Anführung seines etwa abweichenden sächsischen Particularrechts) auftritt.

So ist also dem Schneidewinus, dessen Darstellung ich hier zur Kennzeichnung seiner Zeit auswähle, die finale Rechtsbestimmung Justinians ohne Weiteres auch das hodie der Rechtsanwendung in Deutschland.

Sind, so fragt Schneidewinus [11]), die bonorum possessiones *hodie* sublatae? Es scheint nach der Glosse, daß man dies bejahen müsse, denn hodie sind nach dem ius novissimum Authenticorum (Nov.

9) z. B. von Schilter p. 30. Stryk p. 1113.
10) S. Weiteres in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 403 ff.
11) L. c. p. 804—806.

118.) drei andere ordines succedendi vorhanden; waren ja doch vorzugsweise um der Emancipirten und Cognaten willen die bonorum possessiones eingeführt, und gerade auf Emancipation, sowie den Unterschied der Agnaten und Cognaten kommt es nach dem Authentikenrechte nicht mehr an. Indeß nach der richtigen communis conclusio der Doctores nach der Glosse muß man die Frage mit Nein beantworten, weil sich keine correctio der bonorum possessiones findet und die correctio iurium zu vermeiden ist. Was aber nicht aufgehoben ist, muß als fortbestehend angesehen werden. Deßhalb hat man auch noch hodie die Wahl, ob man de iure civili adire oder de iure praetorio die bonorum possessio agnosciren will, was von Wichtigkeit ist wegen der differentiae, die zwischen der hereditas und bonorum possessio bestehen. — Rücksichtlich der einzelnen Klassen kommt es nun auf die von Cynus, Baldus, Salicetus u. A. weitläufig erörterte Frage an, ob die betreffende Klasse necessaria oder utilis sei, d. h. ob man nur auf Grund eines prätorischen Rechtssatzes im fraglichen Fall zur Succession gelangen könne oder ob man sich auf Civilrecht zu stützen vermöge. Im ersteren Fall ist die bonorum possessionis agnitio noch hodie necessaria, im letzteren Fall bloß utilis. In dieser Hinsicht ist 1) die contra tabulas bonorum possessio für den filius emancipatus necessaria in dem Sinne, daß, wenn derselbe sine causa präterirt ist, er allerdings wie der suus das Testament für nichtig erklären kann, wenn er dagegen cum causa präterirt ist, ihm die contra tab. b. p. zusteht. 2) Die secundum tabulas bonorum possessio ist im Allgemeinen nur voluntaria, da der Institutus de iure civili die Adition vornehmen kann; aber in einigen

Fällen ist diese bonorum possessio necessaria z. B. bei einem durch Präterition eines schon vor dem Erblasser wieder verstorbenen Postumus rumpirten Testamente. 3) Die bonorum possessio unde liberi ist hodie nicht mehr necessaria, und die unde legitimi ist stets nur utilis gewesen. 4) Die bonorum possessio unde cognati war olim necessaria, ist es aber hodie nach der Novelle 118 nicht mehr. 5) Die bonorum possessio unde vir et uxor ist so gut wie olim auch hodie necessaria. 6) Die vier extraordinariae bonorum possessiones (als welche Schneidewinus die b. p. ut ex legibus, Carboniana, ventris nomine und litis ordinandae gratia aufführt) waren olim und sind hodie necessariae. 7) Wenn eine bonorum possessio nur utilis ist, so hat das die Bedeutung, daß, wenn Jemand die hereditas de iure civili repudiirt, ihm die Agnition der b. p. noch offen steht. Renunciationen sind nämlich strict zu interpretiren. Hat er aber einfach auf sein Erbrecht verzichtet, so umfaßt das auch die bonorum possessio. Ferner: das Civilerbrecht muß man innerhalb 30 Jahren antreten, die bonorum possessio kann man aber, wenn man nur von ihrer Delation nichts gewußt hat, auch noch nach dieser Zeit agnosciren, so daß man mit Jason sagen kann: quodsi quis staret ignorans sibi delatam successionem per mille annos, nunquam a bonorum possessione excluderetur! —

Im Gegensatze zu diesem lediglich auf das Justinianeische Recht das Augenmerk richtenden Standpunkte bricht sich mit dem siebzehnten Jahrhundert eine ganz andere Richtung Bahn. Man kommt zu dem Bewußtsein, daß es in den modernen Völkern ein eigenes nationales Rechtselement gebe, welches, auch wenn man

es zunächst noch in Anknüpfung an das römische Recht behandelte, doch einer ganz selbständigen wissenschaftlichen Pflege bedürfe. Und zwar solches in Deutschland, Holland, Frankreich u. s. w. auftretend Gewohnheitsrecht erkannte man nicht bloß in dem auf altnationalen Grundlagen ruhenden Herkommen, — welches sich dann allgemach bei uns in Deutschland zu der vollen Emancipation in unserem deutschen Privatrecht emporgearbeitet hat, — sondern man fand auch, daß bei der Reception des römischen Rechts von Seiten der, auf so vielfach dem Alterthum fremden Anschauungen stehenden, modernen Völker viel neues Gewohnheitsrecht das römische Recht in wesentlichen Punkten für die Rechtsanwendung umgestaltet habe. Unter diesen Modificationen des römischen Rechts durch modernes Gewohnheitsrecht kommt nun auch das Gebiet der bonorum possessio in Betracht.

Der Erste, der dies in unserer Lehre in der bestimmtesten Weise ausgesprochen hat, ist Giphanius. In seinen Explanationes in Inst. (p. 344.) sagt er: si mores et aetatem nostram (spectas), ***nullus est usus bon. possessionis, sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis civili.*** Huic rei argumento sunt haec: primum quia in iure municipali sive statutis civitatum et constitutionibus imperii, regum ac principum nulla usquam mentio bon. possessionis fieri solet: deinde quia in consiliis Dd. item nulla extat mentio: postremo et ratio est, cur hodie eius nullus esse debeat aut possit, satis perspicua. His accedit, quod iam olim et apud Graecos rarissima sit mentio bon. possessionis, ut videre licet in Nov. Just. Leonis, Philippi, in libr. *βασιλικῶν*, in Harmenopulo. Non recte autem Andreas

Perneder in Instit. Germanicis explicans tractatum de b. p. eas confundit ***cum inductione*** sive missione in possessionem, ***Germanice*** „Einsatz". Nam b. p. de qua hic agitur, iuris est potius quam corporis, ut ait Ulpianus tit. de b. p. lege Bona 3. At possessio, in quam quis mittitur sive inducitur, corporis est et facti potius quam iuris, ut ait Paul. in l. 1. D. de ac. acq. poss.; et de hac missione sive inductione in possessionem in aliis locis explicatur, ut sub tit. de ed. div. Hadr. toll. sub tit. quor. bon., tit. de her. pet.

Von der Frage über diesen „Einsatz" kann hier noch abgesehen werden, indem es sich zunächst nur darum handelt, wie man sich in Deutschland und den uns berührenden neueren Völkern — insbesondere Deutschland und Holland gehen in dieser Hinsicht ganz gleichen Schritt, — der aus dem Gebiete der bonorum possessio herstammenden materiellen Erbberechtigung gegenüber verhalten hat.

Grönewegen in seinem „tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus" (Lugd. Bat. 1649.) sagt darüber p. 44: ***ius civile et praetorium hodie in unam consonantiam redactum est,*** ideoque huius tituli nullus amplius est usus: etenim qui aliis ex testamento aut ab intestato succedunt, in universum heredes appellari solent. Er citirt hiefür eine Reihe dies bestätigender Schriftsteller, aus denen ich den Vinnius herausgreife.

Vinnius p. 645. räumt ein, daß nach Justinianeischem Recht zur Erlangung des Rechts der bonorum possessio die Agnition vor einem Richter unzweifelhaft nothwendig sei. Magistratum tamen aliquem adire

oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur: alioquin si nuda et simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret, agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione haereditatis, et Constantius tantum necessitatem petitionis solennis et necessitatem praetoris aut praesidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit. Aber er fügt dann gleich als das neuere gemeinsame Gewohnheitsrecht seines Vaterlands (Holland) wie auch Frankreichs und Deutschlands hinzu, daß die bonorum possessio nicht mehr zur Anwendung komme: In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed *utimur tantum aditione sive agnitione haereditatis civili.* De *Germania* idem testatur Giphanius, de *Gallia* Baro et Bugnion lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin. Apud quosdam locus esse dicitur bonorum possessioni unde vir et uxor, apud nos tamen nunquam usurpata fuit. Vinnius zeigt durch den Gegensatz, den er hervorhebt, daß es nämlich allgemein für alle Erben nur der hereditatis aditio bedürfe, den Sinn der Anfangsworte des Satzes: in hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est. Er will damit sagen: „jedenfalls giebt es keine Agnition der bonorum possessio mehr; ob aber auch die einzelnen Erbklassen der bonorum possessio wie insbesondere die b. p. unde vir et uxor außer Anwendung seien, das ist eine andere Frage, die an manchen Orten anders beurtheilt wird wie bei uns.“ Heinercius fügt dann in seinen Zusätzen noch die Bemerkung hinzu: Non tamen dubium, quin usus adhuc tantum non ubique sit (in) bonorum possessionum temporalium et extraordinariarum. Exempla passim habent scriptores pragmatici.

Ebenso sagt Huber (l. c. p. 1374): ***moribus hodiernis*** verum est, bonorum possessionis praetoriae nullum a civilibus remediis usum superesse diversum, und p. 1276: Sed quia toto iure civili, expresse non abolito, utimur in Frisia, dubitet aliquis, an apud nos aeque ac alibi bonorum possessiones sint abolitae. Esse abolitas probant hae rationes: 1) Bonorum possessio est iurisdictionis Praetoriae, quae apud Romanos a iure civili more ac ratione discrepebat; ***hodie nulla eiusmodi differentia superest ut omni Europa, ita nec apud nos.*** 2) Quod Vinnius scribit: „in his regionibus utimur tantum aditione sive agnitione hereditatis civili: bonorum possessionis nullus usus“, aeque apud nos visum iri plerisque nullus dubito; nec adeo dubitabunt affirmare qui in foro versantur, id nec aliter in iudiciis nostris servari, bonorum possessiones usu constanti in et cum hereditatibus esse resolutas. 3) Videtur et in Statutis aliquid esse, quod huc pertineat lib. 1. tit. 17. art. 3., ubi „heredibus datur facultas occupandi hereditates in quas successerunt, non expectata iudiciali immissione in possessionem illorum bonorum“. Atque bonorum possessiones, etsi per legem Constantini solennitatibus antiquis exemtae sint, iudicis tamen aditionem et auctoritatem hodieque (d. h. vom Justinianeischen Standpunkte aus) requirunt l. ult. C. qui admitti ad b. p.; cuiusmodi iudicis interventus et hoc statuto tollitur, et plane ab usu nostro remotus esse videtur.

Am eingehendsten hat sich Schilter auf die Frage eingelassen [12]). Er räumt ein II. p. 584. und p. 46.,

12) Auch hier lege ich die Frage, wie sich dieser Schrift-

daß nach Justinianeischem Rechte, ja auch in den Basiliken, wohl ius et ordinem succedendi ex iure civili atque Praetorio confusum esse in unam formam, ... nihilominus tamen diversas persequendi iuris huius species atque remedia adhuc reliqua esse, h. e. et hereditatis aditionem et petitionem ex iure civili et bonorum possessionis impetrationem ex iure praetorio. Diesem Justinianeischen Rechte stellt er nun aber unser deutsches Gewohnheitsrecht gegenüber. Er sagt p. 32.: dem deutschen Rechte war vor Reception des römischen freilich das Wort bonorum possessio unbekannt, keineswegs aber war man des Unterschieds zwischen einer privaten und einer unter richterlicher Autorität erfolgten Erbantretung unkundig. Man hat nun aber doch nie den römischen Unterschied zwischen ius civile und honorarium recipirt (p. 32.): discrimen inter ius civile atque honorarium ignotum *moribus Germanorum*. Jus hereditatis petendae et bonorum possessionis fuit quasi coalitum et concretum, et sic novum quasi quoddam ius aut iuris species enata. *Persecutio hereditatis hodie est ex moribus, concreta ex hereditatis petitione et bonorum possessione.* Nam formae speciales hereditatis petitionis et bonorum possessionis non sunt expulsae, sed retentae, in unum tamen suppositum morale constatae. Dies führt er dann p. 46. 47. weiter aus: *nullus in nostro foro usus bonorum possessionis videtur*, vielmehr ex usu omnium gentium bonorum possessio hereditatis hodie venit nomine... Succeditur hodie ab intestato neque ex iure praeto-

steller zu der Behandlung des schon erwähnten „Einsatzes" verhält, bei Seite. S. darüber meine Bon. Poss. II. 2. S. 418. A. 7. a.

rio neque civili Romanorum sed ex iure civili Germanico et provinciali ac municipali. . apparet autem in testamentaria successione non esse aliud, quam in successione ab intestato. Als Regel für alle Erbklassen gelten die Grundsätze der hereditatis aditio: regulariter autem moribus Germanorum *aditio hereditatis quorumcunque successorum fieri solet privata auctoritate.* Man muß also in Betreff des prätorischen Erbrechts im Genaueren unterscheiden: inter bonorum possessionem sive successionem praetoriam et inter remedium illam persequendi ex iure praetorio. Bonorum possessionis non est usus seorsim peculiaris, sed remedii praetorii esse potest. Von einem Gegensatze von hereditas und bonorum possessio kann man daher im Sinn des modernen Rechts nur noch reden, wo nach heutigem Recht eine successio duplex viget, alia simplex et quae privatim adiri poterit alia iudicalis, seu in qua iure statutario necessaria est auctoritas et iussio praetoria, sive ut declaratio et agnitio: „se velle heredem esse vel successorem" coram magistratu fieri debeat... Rarior autem hic mos est, wie z. B. an einigen Orten das Gewohnheitsrecht besteht, daß die Seitenverwandten die auctoritas magistratus angehen müssen, quod vocant „relevare" apud magistratum hereditatem, ut testatur Gudelinus de J. N. lib. 2. cap. 18. —

Von diesem Standpunkte aus richtet dann Voet seinen Pandekten-Commentar so ein, daß er die von der bonorum possessio handelnden Pandektentitel so gut wie streicht, und lediglich wegen des Zusammenhangs der bonorum possessio mit anderen Lehren einen ganz dürftigen Ueberblick über den Inhalt der einzelnen Titel

giebt, wofür er als Compensation das Lehnrecht an dieser Stelle einschiebt. Et licet magna ex parte possessionum harum usus iure novissimo Justinianeo ***multoque magis hodierno sublatus sit***, tamen quia absque harum intellectu leges plurimae tum in Pandectis tum in Codice explicari nequeunt, operae pretium erit secundum titulorum in hoc et sequenti libro occurrentium seriem ***hanc veluti per indicem tractare materiam.*** Quodsi sterilius quam par est operam ***huic antiquo iuri*** hac in parte a nobis navatam quis existimaverit, condonabit quodammodo, si id ipsum a nobis feudorum decimarum similiumque utili ac quotidiana tractatione ad calcem libri trigesimi octavi adiecta compensatum viderit. (l. c. p. 543.).

Noch weiter geht in dieser Richtung Leyser, bei dem in seinen Meditationes ad Pandectas die der eigentlichen bonorum possessio gewidmeten Titel einfach ohne eine Bemerkung übersprungen sind, und sich nur die Titel von der Collation (37, 6. und 7.), de obsequiis parentibus dandis (37, 15.) und ad 38, 1. statt der operae libertorum über die Dienste und Frohnden der deutschen Bauern (de operis rusticorum p. 1065—1097.) Erörterungen finden, worauf dann ad 38, 10. und 16. zur Intestaterblehre übergegangen wird [13]).

13) Hiebei sagt dann Leyser rücksichtlich eines Falles, den man aus dem Gebiete der b. p. unde liberi damals gewöhnlich noch für anwendbar hielt (p. 1105.): Permittit hoc nepoti l. 3. c. unde liberi, non quidem de iure civili sed tamen praetorio. *At nostra parum interest, quo iure id nepoti liceat, dummodo liceat.* — Vgl. ferner p. 1125: necesse itaque erit,

So findet sich denn auch bei Kreittmayr, auf Grund des Standpunkts des Codex Max. Bav., die ganze Lehre bis auf wenige Ueberreste bei Seite gelegt. S. 481. 482.: „Ob aber auch solche (bonorum possessio) noch in usu seie, wird unter den Rechtsgelehrten stark controvertiert. Die Authores, welche sowohl pro als contra usum huius materiae schreiben, siehe bei allegierten Stryk c. 4. §. 1. 2. Hertel §. 204. Unser Codex fällt mehr der letzteren als der ersteren Meinung bei, denn wenn man die einzige zwei Casus ausnimmt, welche unten §. 12. 13. vorkommen (ventris nomine und Carboniana), so bleibt von dem ganzen iure praetorio entweder nichts mehr übrig, oder steckt wenigist schon unter der andern Successions-Ordnung, als welche iure moderno bereits dergestalt reguliert ist, daß man ermeldte bonorum Possessiones heut zu Tag leicht entbähren kan." Und Stupp sagt in seiner Dissertation: de fatis bonorum possessionum sub Imperatoribus post ICtos in Pand. excerptos. Bonn. 1793.: „quos de hac re consultos novi viros in ipsis rebus agendis exercitatissimos, hi ingenue fassi sunt, sibi huius rei exemplum datum non esse. Quod cum intolerabili iudicum ignorantiae adscribunt alii, ego de felicissimo hoc ignorantiae genere iuri, quo utimur, etiam atque etiam gratulari malo" [14]).

obsoletum bonorum possessoris nomen revocari, quod et a quibusdam fieri animadverto. — Dabei erkennt Leyser die practische Anwendbarkeit des Int. quor. bon. vollkommen an, p. 1111: „allerdings einen großen und zwar diesen Nutzen daraus ziehen, daß sie ex Interdicto quorum bonorum in die Possession der Kohlhansischen Güter gesetzet" u. s. w.

14) Vgl. meine Bon. Poss. I. Einleit. S. VIII.

7. Gegenüber dieser energischen Vertretung eines das römische Recht modificirenden modernen Gewohnheitsrechts [15]) konnte es nicht fehlen, daß eine Reihe von Schriftstellern — auf dem älteren bequemen Standpunkte verharrend, daß das römische Recht nun einmal in complexu in Deutschland recipirt sei, — die vollständige Geltung des Instituts der bonorum possessio, so wie es nach Justinian's Bestimmungen im Corpus Juris vorliege, unverändert für Deutschland in Anspruch nahmen [16]). Es wird genügen, die vom Hauptwortführer dieser Rechtslehrer, Stryk, in seinem Usus modernus Pandectarum zusammengestellten Gründe, über welche auch die anderen Schriftsteller nicht hinauskommen, namhaft zu machen (l. c. p. **1075**–**1081.**):

Justinian hat in Nov. **118** den ordo succedendi in so weit geändert und erneuert, daß er die meisten Fälle, in denen olim die bonorum possessio necessaria war, seiner neuen Disposition einfügte und zu ius civile erhob. In Folge dessen sei der Zweifel erhoben worden, ob adhuc hodie aliquis bonorum possessionis usus supersit? Die Gegner betonten, daß durch die Nov. **118** das ius civile und praetorium in unam consonantiam redigirt und damit jenen Personen, welchen olim die bonorum possessio gegeben worden, genug geholfen sei. Weiter aber schreite

15) Wie trotzdem Schirmer Erbr. S. 104. sagen kann: „Giphanius dürfte allerdings ziemlich der Einzige sein, der unter den deutschen Rechtslehrern der früheren Jahrhunderte in dieser entschiedenen Weise die b. p. für antiquiert erklärte," — ist mir nicht verständlich.

16) Vgl. die Aufzählung der einzelnen Autoren bei Pet. Müller ad Struvium l. c. p. 979. Nr. IV not. β. — s. auch Müller Promtuarium l. c. p. 699 nr. 24.

Schilter, indem er sich (in der eben dargestellten Weise) auf ein deutsches Gewohnheitsrecht berufe. Dazu schiene noch zu kommen, daß in der Praxis der Name „bonorum possessor“ ganz unbekannt sei, und man sich für alle Succedirenden des gemeinsamen Namens „Erben“ bediene. Und daran schließe sich noch der Umstand, daß in den meisten Gegenden Deutschlands der ordo succedendi durch Statuten festgestellt worden, aus denen heutzutage die Succession allein zu beurtheilen sei.

Aber diese Gründe seien nicht hinreichend, um omnem usum bonorum possessionis zu negiren und von unseren Gerichten fern zu halten. Freilich sei die bonorum possessio wegen der Neugestaltungen der Nov. 115. und 118. jetzt minus necessaria, aber in manchen Fällen sei das ius antiquum nicht immutirt, so daß man in diesen auf keine andere Weise zur Succession gelangen könne als iure praetorio. Es lasse sich nun allerdings einräumen, daß der Name bonorum possessio in der Praxis nicht gerade häufig sei, und man müsse namentlich zugeben (was behauptet worden war), daß in den bei uns gebräuchlichen Ausdrücken „Erben und Erbnehmen“ nicht der Gegensatz von hereditas und bonorum possessio gemeint sei, — doch aber lasse sich sagen „ipsum nomen bonorum possessionis inusitatum non esse.“ Ferner solle nun nach Schilter unterschieden werden zwischen der bonorum possessio und dem remedium illam persequendi ex iure Praetorio, und jene sei von der hereditas nicht mehr unterschieden. Es ist merkwürdig, was Stryk hierauf antwortet: es gebe ja doch Fälle, wo man nicht anders als ex iure Praetorio succediren könne und fiele dies weg, so würde auch die Succession wegfallen; *unde necessario usum peculiarem seorsim habere debet*, *qui*

ipsam distinguat a civili successione tum ratione acquisitionis tum praescriptionis. Obgleich nun auch in Sachsen fast jede Provinz und Stadt ihr eigenes Erbstatut habe, so bedürften doch auch diese bisweilen der bonorum possessio, insbesondere der b. p. unde vir et uxor.

Aber auch sonst seien noch manche casus in singulis titulis demonstrandi, quibus adhuc hodie bonorum possessio est absolute necessaria. In dieser Hinsicht ist im Gegensatze zu der Zeit des Schneidewinus zu bemerken, daß man jetzt auch Fälle herausgefunden zu haben glaubte, in denen noch die bonorum possessio unde liberi und unde legitimi necessaria sei (Stryk p. **1149**, **1150**, **1152**.). — Außer diesen Fällen der bonorum possessio sei aber, meint Stryk, überhaupt noch die bonorum possessio utilis: interdum consultius esse bonorum possessionem petere quam hereditatem. Citius haec conceditur, cum summarie hic procedatur, et faciliores probationes quam in hereditatis petitione admittantur, exceptiones vero, quae ultioris indaginis sunt, ad petitorium iudicium remittuntur. Zur Agnition der bonorum possessio genüge jetzt qualiscunque declaratio animi, also auch jeder in iudicio coram quocunque magistratu vorgenommene Act, der diesen animus kund thue, insbesondere auch Belangung eines Erbschaftsschuldners oder Anstellung der her. pet. possessoria. Nur müsse dieser Act nothwendig innerhalb der vorgeschriebenen 100 Tage geschehen. Eine causae cognitio sei bei der edictalis b. possessionis agnitio nicht nöthig, und daß sie zu Protokoll genommen werde, dafür müsse der Nachsuchende sorgen [17]).

17) **Schacher** l. c. p. 330. 339. entwirft auch gleich ein

Man sieht, Stryk umgeht den Kern der Frage. Von der Pflicht, das der vollen Anwendung der bonorum possessio entgegenstehende moderne Gewohnheitsrecht, worauf sich die Gegner berufen, hier entweder zu constatiren oder zu widerlegen, hat er gar keine Ahnung. Und doch erkennt Stryk an einem anderen Orte diese Pflicht vollständig an. Von seinem Standpunkte des in complexu recipirten und also anwendbaren römischen Rechts nimmt er nämlich natürlich auch die practische Verwendbarkeit des Titels de operis libertorum an; freilich macht er hier den Unterschied, daß, da wir keine liberti mehr hätten, nicht eine directe Anwendung eintrete, sondern es könne sich nur darum handeln, utilia ad *intelligendas* alias iuris materias aus diesem Titel zu entnehmen. Es muß hier dahin gestellt bleiben, ob Stryk sich darüber klar geworden ist, daß die s. g. in complexu-Aufnahme des römischen Corpus Juris an sich nur diese indirecte Geltung des römischen Rechtes ad intelligendas iuris materias ist, daß aber zur directen Verwendung einer römischen Rechtslehre in Deutschland, also auch der bonorum possessio, immer noch der Nachweis einer wirklichen gewohnheitsrechtlichen Reception derselben gehört. Jedenfalls nimmt nun Stryk die indirecte Geltung der Lehre de operis libertorum in doppelter Richtung an (p. 1129), theils für die operae uxorum, quae itidem sunt vel artificiales seu officiales, theils und noch viel mehr für die operae

Formular, nach dem die b. p. vor dem Richter zu agnosciren sei. Er denkt sie sich aber doch als eine wirkliche richterliche Verleihung: „als will er hiermit dieses beneficium ergriffen und hierauff gebehten haben, ihn vor den Erben zu erkennen und zu declariren."

nostrorum rusticorum. Er setzt aber hinzu: interim non possum non praemonere harum determinationem primario non tam ex hoc iure, quam consuetudine singulorum locorum dependere, ut hinc obveniente casu ante omnia speciales loci consuetudines consuli debeant, postea consuetudines provinciales vel locorum vicinorum sint attendendae, ***denique quatenus nulla diversitatis ratio ostendi potest, etiam quandoque utile sit recurrere ad doctrinam huius tituli.***

8. Auf die critische Untersuchung der Frage, in wie weit die bonorum possessio in Deutschland als gemeinrechtlich recipirt zu betrachten ist, kann an diesem Orte noch nicht eingegangen werden. Hier ist zunächst die Aufgabe die, in einem Ueberblicke über die deutsche Rechtsliteratur nachzuweisen, wie man sich unserer Lehre gegenüber verhalten hat, um daraus die Aufgabe zu deduciren, welche dieser Commentar nach dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft sich zu stellen und wo möglich zu lösen hat. Zu diesem Ueberblicke über die Literatur bedarf es nun schließlich der Charakterisirung der neueren Literatur.

Diese neuere Literatur [18]) folgt völlig anderen Ge-

18) G. Hugo de bonorum possessionibus Hal. 1788. [Vgl. Hugo Civ. Beitr. I. (1828.) S. 43 ff.] ferner Hugo's Recens. des Koch'schen Werkes [Beitr. I. S. 401 ff.] und Hugo an den verschiedenen Stellen seiner Rechtsgeschichte. — v. Löhr Bemerkungen aus der Lehre von der bonorum possessio (1820.) (Magaz. f. R.W. III. S. 216—353). Nachträge zu der Lehre von der b. p. (Magaz. f. R.W. IV. S. 149 ff.). Magaz. f. R. W. IV. 4. Heft. (1844.) S. 403—471.

sichtspunkten und Zielen als die bisher betrachtete, welche man mit der Koch'schen Monographie als abgeschlossen

— J. H. Dernburg Beitr. z. Geschichte der römischen Testamente. 1821. — Aug. Guil. Foerster de bon. poss. liber. praeter. contra tab. par. 1823. — v. Savigny Ueber das Interdict Quorum bonorum. Abhandlung A (1823) Abhandlung B (1828). Nachtrag (1849) in den Verm. Schr. II. S. 216—320. — Niebuhr Röm. Geschichte II. (1830) S. 173 f. — Wilh. Francke Recht der Notherben (1831) S. 96 ff. — C. Ferd. Fabricius Ursprung u. Entwickelung der Bon. Poss. 1837. [rec. v. Huschke Richter'sche Jahrb. 1839. S. 1—34; vgl. v. Vangerow Pand. II. §. 398. Danz R. G. II. S. 47.] — Meine Historia bonorum possessionis secundum tabulas (1841.) — J. J. Bachofen die lex Voconia (1843) S. 66 ff. — Meine Bonorum possessio I. (1844) II. (1848). [Im Wesentlichen meiner Ansicht über die Entstehung sind beigetreten: v. Buchholz Richter u. Schneider'sche Jahrb. XX. (1846) S. 769. ff.; Schwanert Enumer. per univ. succ. Gott. 1846. p. 10.; Sintenis Pract. gem. Civilr. III. §. 193. 2. Aufl. S. 564.; v. Keller Pand. (1861) §. 458. S. 872 ff.; zum Theil auch Gust. Hartmann, G. G. A. 1861. I. S. 308 ff., insbes. S. 318. f.] — Ad. Jos. Uhrig üb. d. Wirkung der b. p. contra tab. (1844) — Huschke über d. usucapio pro herede. Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. (1847) S. 146—229. — S. J. Hingst Commentatio de bonorum possessione (Amstelod. 1858) [rec. in Schletter's Jahrb. 1860. S. 197. ff. u. v. Hartmann, s. vorher.] — J. Lohmann Janssonius Dissert. de origine bonorum possessionis, eiusque vi in adiuvando supplendo iure romanorum hereditario. (Groningae. 1859) — Fr. H. Vering Römisches Erbrecht (1861) S. 577. ff. — Ad. Schmidt das formelle

ansehen darf. War bisher die Geschichte die vorzüglich vernachlässigte Seite, so wird diese nun umgekehrt seit der lebensfrisch an die Arbeit gehenden historischen Schule ganz besonders in den Vordergrund gerückt. Die bonorum possessio, als ein der geschichtlichen Klarlegung eigenthümliche Schwierigkeiten entgegensetzendes Institut, wird zu einer Art Lieblingsstoff für Bestrebungen zur Lösung des „Problems". Das Institut bietet, in Folge seiner so reichen Verbindungen mit anderen Rechtsgebilden, von selbst eine Fülle von Möglichkeiten, in denen ein genaueres Nachdenken den Ursprung und Grundgedanken des Ganzen zu finden versucht sein kann; und so sind denn die Ansichten über diese Frage einander in lebendiger Mannigfaltigkeit gefolgt. Hugo, der Begründer der historischen Schule, hat auch speciell in dieser Lehre „die Fackel vorgetragen"[19]; aber er hat auch, gleichsam als Vorbild der Mannigfaltigkeit, selbst mit seinen Ansichten über die Entstehung der bonorum possessio gewechselt.

Durch das sorgfältige Erforschen der verschiedenen sich als denkbar darbietenden Anknüpfungspunkte ist man der Sache schon wesentlich näher gekommen. Ueber die bisher zur Besprechung gelangten Punkte oder wenig-

Recht der Notherben. (1862) S. 65 f. — C. F. A. Köppen System des heutigen römischen Erbrechts (Erste Lief. 1862) S. 22 ff. — Th. Schirmer Handbuch des Röm. Erbrechts. (Erster Theil 1863) S. 73 ff. — Ad. Schmidt das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor (1868). — Hilarii Alibrandi Commentarius de bonorum possessionibus (Rom. 1869).

19) Mühlenbruch zu Heineccius a. a. O. S. 502. Anm. a.

stens Richtungen hinaus wird schwerlich noch ein völlig neuer Weg eingeschlagen werden können. Innerhalb der hervorgetretenen Richtungen ist bereits Vieles abgeklärt, Manches darin kann man als erledigt und bei Seite gelegt bezeichnen. Ja ich neige dahin, zu behaupten, daß wenn man, ohne besondere Vorliebe für die eine oder andere Richtung, das Ganze des von verschiedenen Seiten zusammengebrachten werthvollen Stoffs gegen einander abwägt und zusammenfügt, man von dem Ziele der geschichtlichen Feststellung des gesammten Instituts gar so fern nicht sein mögte, als es Manchem auf den ersten Blick noch heutzutage erscheinen wird.

Jedenfalls aber wird man, nachdem jetzt eine so bedeutende Fülle von historischen Untersuchungen in der Literatur vorliegt, mit voller Sicherheit die Aufgabe bezeichnen können, die damit diesem Commentar, indem er nunmehr an das 37. und 38. Buch der Pandekten herantritt, zugefallen ist. Auch der Bearbeiter dieser Bücher ist der Ansicht [20]), daß „der Commentar nach wie vor das umfangreichste und erschöpfendste Handbuch über das heutige römische Privatrecht für gelehrte Juristen wie für Geschäftsmänner bleiben, und auf diese Weise den Charakter eines gelehrten und practischen Werkes in sich vereinigen" soll. Die gelehrte Darlegung des ganzen vorliegenden Rechtsmaterials hat hier, wie kaum an einer anderen Stelle der Digesten in gleicher Weise, die Aufgabe, das ganze System der Lehre auf seinen verschiedenen in den Digesten erkennbaren Entwicklungsstufen deutlich zu machen. Dazu aber erscheint es als unumgänglich nöthig, die einzelnen auf S. 1. namhaft gemachten Digestentitel mit dem Titel de bonorum

20) Vgl. Band 44 dieses Commentars S. VI der Vorrede.

possessionibus in der Darstellung zu combiniren. Eine vereinzelte Erörterung jedes dieser Titel würde nie ein richtiges Gesammtbild der bonorum possessio ergeben. Dieser ganze Digestenstoff, in Verbindung mit dem, was die anderen Theile des Corpus Juris und die sonstigen Rechtsquellen darbieten, kann hier nicht in der Form einer rechtsgeschichtlichen Monographie entwickelt werden, er muß aber, durchtränkt von genauer rechtsgeschichtlicher Kenntniß, das Ziel anstreben: volles Verständniß des gesammten Digestenmaterials darzubieten; Verständniß einerseits der Lehre selbst und andererseits der bedeutenden Beziehungen, welche zwischen ihr und anderen Rechtslehren bestehen.

Gerade diese gelehrte Aufgabe ist in Betreff der bonorum possessio das entschieden Ueberwiegende. Es wird Niemand heutzutage bestreiten, daß dieser Commentar nicht mehr wählen kann zwischen den zwei hinter uns liegenden Wegen, entweder dem des einfachen gänzlichen oder fast völligen Ueberspringens der Lehre, wie ihn Leyser und Voet einschlugen, — oder dem der dürren Paraphrase oder Epitomirung der einzelnen Titel, wie sie so viele andere Commentare darbieten. Es bleibt also für unsern Commentar, an dem das deutsche juristische Publikum mit säcularer Tenacität festhält, lediglich der Weg völliger wissenschaftlicher Durchdringung auf dem Boden des von der rechtsgeschichtlichen Literatur Geleisteten übrig.

Und neben dieser gelehrten Aufgabe steht die practische der genauen Feststellung des aus dem großen Ganzen übrig bleibenden Residuums des gemeinrechtlich Geltenden. Ist dies Residuum auch nicht übermäßig bedeutend, so ist doch gerade eine practisch so dubiöse Lehre wie die bonorum possessio — ganz anders wie so manches in dem hellen Sonnenlicht der unzweifel-

haften Geltung stehende Institut — vorzugsweise geeignet, sich von der allgemeinen Frage, nach welchen Grundsätzen überhaupt die gemeinrechtliche Geltung des römischen Rechts zu beurtheilen sei, sorgfältige Rechenschaft abzulegen.

Aber noch eine andere practische Bedeutung wohnt dem Institut der bonorum possessio inne, und auch darauf wird dieser Commentar einzugehen haben. Mit der Zeit wird voraussichtlich das Gebiet des gemeinen Rechts immer mehr zusammenschrumpfen, und damit der directen Geltung auch dieser Lehre immer mehr Boden entzogen werden. Aber damit wird die Bedeutung des römischen Rechts nicht vermindert, im Gegentheil sie wird in geistiger Hinsicht um so deutlicher hervortreten. Auch bei der wissenschaftlichen Behandlung unseres Preußischen, Oesterreichischen, Sächsischen u. s. w., das heißt überhaupt unseres auf modernen Civilgesetzbüchern ruhenden Rechts; ferner bei allen weiteren Schritten, die unsere deutsche Gesammtgesetzgebung thun mag, wird man nie der Benutzung und Vergleichung dessen entrathen können, was die Römer, — dieses juristische oder genauer: civilistische Mustervolk, — in den betreffenden Gebieten versucht, erprobt, durchdacht, und erarbeitet haben. Gerade die Lehre von der bonorum possessio ist eine das römische Rechtswesen besonders kennzeichnende. In ihr liegt umschlossen ein großer Theil der Fragen: welche treibenden Elemente überhaupt das Erbrecht durchziehen, wie man an Ordnung, practische Handhabung und Schützung der Erbklassen heranzutreten hat, und ganz besonders wieweit neben dem gewöhnlichen petitorischen Rechtsschutze des Erbrechts eine unter magistratischer Direction stehende possessorische Regulirung der Erbangelegenheit als eine practische Rea-

lität sich hinstellen läßt. Es handelt sich gar nicht darum, daß man immer dahin streben müßte, in unseren modernen Zuständen möglichst viel die Römer nachzuahmen. Wohl aber darum, daß wir unsere neu zu ordnenden Rechtsgestaltungen in gleich feinem, solidem und practischem Sinne ausbauen. Zu solcher Nutzung und Verwendung unserer römischen Lehrmeister ist aber das bloße Herbeiziehen des schließlichen von Justinian gebilligten Endresultates einer bestimmten Lehre noch ganz ungenügend. Es bedarf der vollen geistigen Reproduction des namentlich zur Zeit der classischen Jurisprudenz bestehenden Rechts.

In diesem Sinn wird der Commentar auch auf unsere neueren Codificationen den Blick zu werfen haben. Wie nöthig und ersprießlich in dieser Hinsicht ein Eingehen auf das Gebiet gerade der bonorum possessio ist, hat sich in neuerer Zeit insbesondere auch in Oesterreich, wo sich von Alters her rücksichtlich der Regulirung der Erbangelegenheit ein ganz eigenthümlicher Rechtsgedanke ausgebildet hatte [21]), erwiesen [22]).

9. Ich habe schließlich noch die hauptsächlichen über die Entstehung des Instituts der bonorum possessio in der neueren Literatur aufgestellten Theorieen

21) Schilter l. c. p. 604: „quum illud antea monuerim, iure Austriaco praesertim Viennensi contrarium et hoc observari, quod *regulariter iudex etiam non requisitus ex officio* inventarium conficere teneatur, tanquam actum iurisdictionis; id vocant „*die Spoerr*“ h. e. ut arbitror „die Spur“, ius scilicet indagandi vires hereditatum.

22) Vgl. Jos. Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. Ein Votum für deren Aufhebung (Wien 1862).

übersichtlich zusammen zu fassen [23]). Es wird bei denselben nicht immer genau geschieden: die Finalcausa des Instituts d. h. die Motive und Zwecke, die der Prätor bei Einführung desselben vor Augen gehabt hat, und der älteste Bestandtheil des Instituts d. h. das was nach der einen oder anderen Theorie der Kern sein soll, an den sich alles Andere erst im weiteren Verlauf der Zeit angesetzt habe. Im Folgenden wird dies sorgfältig getrennt werden [24]).

Von den verschiedenen Theorieen wird man bereits als bei Seite gelegt betrachten können die Erklärungen

23) Eine eingehendere Darstellung derselben findet sich in meiner Bonorum Possessio I. Einl. S. XXIII ff., und bei Hingst bon. poss. p. 8—41.

24) Eine Vermischung dieser beiden Fragen liegt in den von Hingst p. 13. aufgestellten Gruppen: 1) Einführung contra pro herede usucapionem (entweder confirmandi iuris civilis gratia, Löhr, Bachofen; oder supplendi iuris civilis causa, Savigny, Puchta, Arndts, Huschke, Christiansen). 2) Entstehung ex Praetoris contentiosa iurisdictione, Dernburg, Francke, Fabricius, Vangerow, Danz. 3) Entstehung aus der cura sacrorum et creditorum, Leist, Köppen. — Man kann z. B. behaupten, daß der älteste Bestandtheil der b. p. die Aufstellung einer neuen Cognatenklasse (supplendi iur. civ. gratia) war, ohne dies bloß als eine Zurückdrängung der pro her. us. anzusehen. Ich meinerseits kann aber meine Theorie nicht als richtig bloß nach der cura sacrorum et creditorum charakterisirt anerkennen, da ich mich ganz ebenso auch auf die Zurückdrängung der pro herede usucapio stütze, und ferner erkennt auch Hingst selbst p. 171. an, daß ich eine prätorische hereditatis ordinatio nicht bloß creditorum, sondern auch sequentium classium causa annehme.

aus dem Peregrinenrecht (Hugo) und Patrizierrecht (Niebuhr). Nur wird unten ein richtiges in der Hugoschen Auffassung liegendes Element noch wieder zur Verwendung kommen. Ebenso darf auch die andere Hugosche Erklärung der bonorum possessio „als eines mit dem Verfahren bei Zahlungsunfähigkeit in Verbindung stehenden" sowie die verwandte Löhr'sche, die in der ursprünglichen bonorum possessio überhaupt nur eine prätorische missio in possessionem für den Civilerben sieht, als eine überwundene bezeichnet werden. Es bleiben danach von den wirklich selbständige Gedanken enthaltenden Auffassungen vier Gruppen: Die erste findet den ältesten Bestandtheil des Instituts in neuen Erbklassen, die zweite in der prätorischen Regulirung der pro herede usucapio, die dritte in der prätorischen Regulirung des Erbschaftsprocesses, und die vierte in der possessorischen Regulirung der civilrechtlichen Erbklasseu.

1) Zu der ersten Gruppe gehören Savigny, Puchta (auch wohl Arndts) und Schirmer, zu denen sich neustens auch Windscheid gesellt [25]). Eine

25) Savigny Verm. Schr. II. S. 231. Puchta, Cursus der Inst. III. §. 316. Arndts Pand. §. 466. 467. Schirmer Erbrecht S. 94. Windscheid Pand. III. §. 532. A. 4. — Diese Ansicht kommt auch schon in der früheren Literatur vor (s. z. B. oben Schneidewinus; Ziffer 6). — Einen hiemit verwandten, aber doch auch wieder selbständigen Standpunkt nehmen Böcking (Röm. Privatrecht. Institutionen 2. Ausg. 1862. III. §. 25. A. 2.) und ihm sich anschließend Vering Erbrecht S. 578. ein. Böcking verhält sich gegen die „in unterschiedlicher Aneinanderreihung oder Verbindung der Zwecke des Edicts bestehenden Ergründungsversuche" mehr ablehnend, und sagt (wo-

Durchführung dieser Ansicht durch das gesammte Quellengebiet ist bisher nicht unternommen worden, daher wäre auch eine detaillirte Widerlegung schwerlich herstellbar. Die im Folgenden gegebene Darstellung wird mittelbar auch die Antwort darauf geben, wie man diese Auffassung zu beurtheilen habe.

2) Die Erklärung der bonorum possessio aus der Usucapion ist besonders von Huschke unternommen worden. Danach soll die bonorum possessio ursprünglich die vom Prätor aufgenommene und von eingerissenen Uebelständen gereinigte pro herede usucapio gewesen sein, also eine mittelst des Int. quorum bonorum zu realisirende Besitzverleihung der corpora hereditaria, aus der dann erst allmälig der Begriff einer prätorischen Universalsuccession herausgewachsen sei [26].

durch er sich dem im Text oben betonten Hugo'schen Gedanken nähert) über den Grund der b. p.: „der dialektische Ausgangspunkt der B. P. ist der Gegensatz und das Ineinanderwirken des ius civile und ius gentium, und ihr Grund ist, wie der des Erbrechts überhaupt, der Familienbegriff, welcher sich eben nach ius civile und der römischen Auffassung des ius gentium verschieden wirksam gestaltet." „Es mußte die Bedeutung der Familie nach ius gentium zur Geltung gelangen, sobald der römische Staat sich nach innen consolidierte und nach außen wuchs: um die starren Formen des ius civile setzt der Andrang das ius gentium, nicht ohne jene selbst zu ändern, neue Gestaltungen an, deren Bedeutsamkeit der stätigen Entwickelung des römischen Staats- und Rechtslebens entsprach." — S. darüber unten Ziffer 21.

26) In gewisser Weise ist auch wieder die Löhr'sche Ansicht hiemit verwandt, nach der die bonorum possessio eine mittelst Int. quor. bon. zu realisirende missio in possessionem des heres zur schleunigen Besitzerlang-

Diese Huschke'sche Auffassung betont einen jedenfalls für das Verständniß der bonorum possessio ganz unentbehrlichen Punkt, und es wird demnach den Beziehungen der bonorum possessio zur pro herede usucapio eine eingehende Untersuchung zu widmen sein. (§. 1598. c.)

3) Die Erklärung der bonorum possessio aus dem Erbschaftsproceß. Als ältester Bestandtheil wird auch hierbei nur die Zutheilung der corpora hereditaria und die Verfolgbarkeit durch Int. quor. bonorum hingestellt. Im Uebrigen scheiden sich hier, nach der ersten in dieser Richtung gegebenen Anregung von Francke, noch wieder zwei Wege; der eine, welcher in der Regulirung der Vindicien (so Fabricius), der andere, welcher in der Feststellung der Parteirollen den Ursprung der bonorum possessio findet (so Hingst in seiner tüchtigen Gröninger Preisschrift [27]).

Auch bei diesen Ansichten handelt es sich um eine Frage, deren Untersuchung für das Verständniß der bonorum possessio eine ganz unerläßliche ist. Es wird deßhalb die Stellung der bonorum possessio zu dem Erbproceß-Verfahren ebenfalls in einem eigenen §. (1598. b.) zu erörtern sein.

4) Die vierte Ansicht endlich, wonach die ursprüng-

ung der corpora hereditaria im Gegensatz zu dem unbefugten pro herede Usucapienten war. — Bei Savigny und Puchta tritt der vorige Gesichtspunkt unter Nr. 1. (Berufung der Cognaten) mit dem Momente Nr. 2. (Regulirung der pro herede usucapio) combinirt auf. Ebenso bei Köppen s. unten Ziffer 60. und 61.

27) Insbesondere über Ad. Schmidt s. unten Ziffer 37. letzte Anm.

liche bonorum possessio als eine magistratische Erbbesitzregulirung für die civilrechtlichen Erbklassen aufgefaßt wird [28]), ist die von mir in meinem Werke über die bonorum possessio niedergelegte. Danach ist das Institut von Anfang an als eine iuris possessio und als Universalsuccession, nicht bloß als Zutheilung der corpora hereditaria anzusehen. Diese meine Ansicht enthält zwei positive Punkte:

a. Die bonorum possessio ist zunächst eine vom prätorischen Imperium ausgegangene *iuris* possessio an die civilrechtlichen Erbklassen.

b. Diese iuris possessio ist, gleich von Anfang an, den civilrechtlichen Erbklassen mit ordinum successio gegeben worden (successorium edictum).

c. Negativ liegt dann darin zugleich, daß die anderen Erbklassen: unde cognati, vir et uxor u. s. w. erst weitere an jenen ursprünglichen Kern unter a und b angelehnte Bestandtheile des Instituts sind.

In meinem früheren Werke habe ich von den beiden positiven Punkten den unter b angegebenen vorangestellt, als eine Vermuthung, auf die ich die Beweisführung besonders zuspitzte, indem, wenn sie bewiesen wurde, der Beweis des Punktes a implicite schon mitgegeben war. Damit habe ich vielleicht dem Anerkanntwerden meiner Ansicht bei Manchen Eintrag gethan; und jedenfalls werde ich nun den Punkt a [29]),

28) Nach Schirmer Erbrecht S. 93. freilich erscheint meine Ansicht „bloß als eine consequente Ausbildung der [oben kurz verworfenen] Hugo'schen."

29) Vgl. hierüber folgende Stellen meiner Bon. Poss. I. S. 121. „Es muß zuerst dargethan werden, daß das successorium edictum an und für sich Nichts als eine Aufeinanderfolge der civilrechtlichen Klassen gewe-

auf dem mir das Schwergewicht liegt, voraussstellen, neben dem ich den Punkt b noch immer in gewissen engeren Gränzen für sicher nachweisbar halte.

sen sei." S. 136. „Es scheint mir unverkennbar daraus hervorzugehen, daß das ganze Wesen der b. p. genau mit den civilrechtlichen ordines zusammenhängt, und Cicero sagt es ja außerdem noch ausdrücklich, daß aus dem Civilrecht der gens Minucia auch ihr Anspruch auf die b. p. folge. So, sagt er, sei es von Anfang an, so lange eine b. p. bestanden habe, gewesen. Und darin liegt denn auch der Beweis, daß neue prätorische Erbklassen erst späteren Ursprungs sein können. Denn für sie bestand doch immer noch ein anderer Veranlassungsgrund, als der, welcher die successio unter den civilrechtlichen ordines hervorrief. Eine gleichzeitige Einführung dieser letzteren und jener neuen ordines zu vermuthen, dazu bietet uns die langsame und allmälige römische Rechtsentwickelung nicht die geringsten Anhaltspunkte, und so bleibt nichts Anderes übrig, als das Eine, was nach Cicero's Zeugniß von Anfang an bestanden hat, als das ursprünglich Einzige anzunehmen, zu dem dann das Andere erst nach und nach hinzukam." S. 139: „eine Beziehung auf neue prätorische ordines gänzlich ausgeschlossen, dagegen sind die civilrechtlichen Klassen alle darin enthalten." S. 156: „Daß die sec. tab. b. p. keine von der civilrechtlichen testamentarischen Succession unabhängige Klasse gebildet habe." S. 170: „Das Grundprincip, daß der Prätor in der b. p. sec. tab. eine nicht dem Civilrecht entgegenstrebende, sondern rein auf die civilrechtlichen Grundsätze über Gültigkeit der Testamente gebaute testamentarische Succession aufgestellt habe." S. 188: „in diesem ersten Buche . . nur die civilrechtlichen ordines, als ursprünglich allein im Begriff der b. p. liegend" zusammenstellen." Vgl. S. 200. — S. 201:

10. Bei der folgenden Darstellung muß stets der leitende Gesichtspunkt der sein, daß es sich darum handelt, den Inhalt der Digesten in dieser und anderen damit zusammenhängenden Lehren in möglichst volles Licht zu stellen. In diesem Bande wird dasjenige (sehr umfängliche) Digestenmaterial zusammengeordnet werden, welches schon aus der ursprünglichen Gestalt der bonorum possessio seine Erklärung empfängt. Die Darstellung dieser ursprünglichen Gestalt aber muß sich na-

„Es bleibt also nur die b. p. unde legitimi als Theil der ursprünglichen b. p. übrig, und schon in dem Worte legitimi liegt es, daß lediglich die civilrechtlichen ordines darunter begriffen sind.“ S. 324: „Denn ebensogut wie wir uns ohne fictitiae actiones keine b. p. denken können, so muß auch daneben noch das Interdict vorhanden gewesen sein, wenn der fictus heres alle aus dem Erbrecht fließenden Befugnisse sollte geltend machen können.“ S. 396: „der eigentliche Kern des Ganzen die Fiction des Erbeseins ist.“ S. 397: „Das wahre Wesen ist eine Universalsuccession, die factische Ausübung (possessio) des *ius heredis* (hereditatis oder bonorum)“. . . Daraus erklären sich die . . fictitiae actiones und das Interdictum quorum bonorum.“ S. 398: „Man sieht offenbar, daß Ulpian im §. 2. ganz dasselbe, nur in strenger Definitionsform, sagen will, was er im §. 1. aus Labeo referirt. Also der eigentliche Begriff ist die *iuris possessio.*“ . . . Es ist wohl zu bemerken, daß Ulpian die Definition der b. p. unverändert aus Labeo entlehnt und daß Cicero, der wenig früher als Labeo lebte, ausdrücklich bezeugt, das ius praetorium habe seit seiner Entstehung sein Wesen nicht verändert. Wir haben also keinen Grund, anzunehmen, daß der b. p. je ein anderer Begriff untergelegen habe, als wie er uns aus Ulpian's Worten hervorleuchtet.“

türlich nach dem Zustande richten, in welchem uns die Quellen die Kunde des Instituts überliefern. Es rührt, wie bereits oben bemerkt worden, die älteste Begriffsdefinition der bonorum possessio von Labeo her. In dem um Weniges älteren Cicero [30]) haben wir aber für unser Institut eine verhältnißmäßig sehr reichlich fließende Quelle; ältere Quellen als Cicero besitzen wir andererseits für dasselbe gar nicht.

So ergiebt sich, daß die Ciceronische Zeit als der Standpunkt gewählt werden muß, von dem aus die Beleuchtung des Justinianeischen Digestenstoffes zunächst zu unternehmen ist. Es wird hier also die bonorum possessio nach den Elementen dargestellt werden, die sich als schon zu Cicero's Zeit bestehend nachweisen lassen. Aber es werden nicht bloß diese Elemente selbst, die damals wohl in mancher Hinsicht erst im Keime vorhanden waren [31]), sondern es wird sogleich die volle Entfaltung derselben, so wie sie uns das in den Digesten gesammelte Nachdenken und die Erfahrung der classischen Juristen aufweisen, mit zur Exposition kommen. Es werden auch Rechtssatzungen, die entschieden nachciceronisch sind, die sich aber doch nur als Fortbildung

30) Derselbe Labeo (vgl. Orelli et Baiter, Onomasticon Tull. p. 330.), der zu den Verschworenen gegen Cäsar gehörte, dann als Legat des M. Brutus bei Philippi kämpfte und sich nach der Schlacht in seinem Zelte durch einen Sklaven, den er zuvor freiließ, tödten ließ, wird von Appian (bell. civ. IV. 135.) ausdrücklich als der Vater des Juristen bezeichnet.

31) Rechtsgeschichtliche Fragen übrigens, deren Erörterung zur Beleuchtung des Instituts der bonorum possessio nichts Wesentliches beitragen würde, lasse ich im Folgenden auf sich beruhen.

der ursprünglichen Elemente charakterisiren, ebenfalls gleich mit in die Untersuchung aufgenommen werden.

Alles dagegen, was sich in dem Institut der bonorum possessio als ganz selbständiges späteres Element bezeichnen läßt, wird von dem Stoffe dieses Bandes ausgeschieden.

§. 1598 a.

Die bonorum possessio eine magistratische Erbrechts-Besitzregulirung.

II. Cicero, der das prätorische Edict über die bonorum possessio einmal kurz das *edictum de hereditate* nennt (Verr. II. 1. §. 143): „dicetis eundem conscripsisse, qui illud edictum de hereditate“, — erwähnt unser Institut vielfach:

a. bloß unter dem Namen *possessio:*

Top. 18: non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas *possessio* dari ..... ut secundum servorum secundum exulum secundum puerulorum tabulas *possessio* videatur ex edicto dari.

Top. 50: si statuissemus, ex edicto secundum eas tabulas *possessionem dari*, quas is instituisset cui testamenti factio nulla esset.

Verr. II. 1. §. 113. (aus dem Verrinischen Edict): nec petitionem nec *possessionem* dabo.

§. 114: ita secundum eum *possessio* daretur.

§. 115: si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, *possessio* Minuciae genti *esset data.* §. 117 si protulerit, uno signo ut sit minus, quam ex lege oportet, *non des possessionem.* §. 123 impetrant, ut ne iurent: *dat his possessionem.* id ego non reprehendo. §. 124. *das possessionem* ei, qui non iuravit; concedo:

praetorium est. *adimis* tu ei, qui iuravit. §. 137: nova iura, nova decreta, nova iudicia petebantur: „mihi *det possessionem*, mihi ne adimat." (Dies bezieht sich offenbar zurück auf §. 124.)

b. unter dem Namen *hereditatis possessio.* Verr. II. 1. §. 117. item ut illo edicto, de quo ante dixi, in Sicilia *de hereditatum possessionibus* dandis edixit idem, quod omnes Romae praeter istum.

§. 118: sicut modo in illo capite Anniano de mulierum hereditatibus, nunc in hoc *de hereditatum possessionibus.*

eod. non enim hoc potest hoc loco dici, multa esse in provinciis aliter edicenda: non *de hereditatum* quidem *possessionibus*, non de mulierum hereditatibus.

§. 124: itaque ei Verres *possessionem hereditatis* negat se datarum.

II. 3. §. 16: scio te Romae, cum praetor esses, edicto tuo *possessiones hereditatum* a liberis ad alienos, a primis heredibus ad secundos [cf. II. 1. §. 104—114.], a legibus ad libidinem tuam [d. h. statt des oportet, worauf die bisherigen Edicte gingen, „utrum possessorem esse oporteat": bei Verres die Zutheilung an den Geld zahlenden Sachbesitzer qui se dicat heredem esse II. 1. §. 114—118.] transtulisse. Scio te edicta superiorum omnium correxisse et *possessiones hereditatum* . . . .

pro Flacc. 34. §. 85: ut istius *hereditatis*, iam Globulo praetore, Flacci nomine petita *possessio* est.

Philipp. II. 25. §. 62: quid ego istius decreta, quid rapinas, quid *hereditatum possessiones datas, quid ereptas* proferam?

ad Attic. VI. 1. alterum quod sine edicto

satis commode transigi non potest, *de hereditatum possessionibus*, de bonis possidendis magistris faciendis vendendis, *quae ex edicto et postulari et fieri solent.*

Orat. part. §. 98: cum *hereditatis sine lege* aut *sine testamento* petitur *possessio.*

c. unter dem Namen *bonorum possessio* [32]) oder *possessio bonorum.*

ad fam. 7. 21: sponsionem illam: „si *bonorum* Turpiliae *possessionem* Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit."

Verr. I. §. 12. Cuius praetura urbana aedium

32) Wenn auch später in der classischen Zeit der Name bonorum possessio überwiegend geworden ist, so wird dabei doch immer hervorgehoben, daß hereditatis und bonorum possessio an sich einerlei sei, fr. 3. §. 1. h. t. „hereditatis autem bonorumve possessio". Fr. 26. §. 11. de cond. ind. 12. 6. „hereditatis vel bonorum possessori", auch wohl fr. 61. de adm. tut. 26. 7. (s. unten Ziff. 73. und Ziff. 63. A. 87.) Zu weit bin ich früher (Bon. poss. I. S. 100. A. 1.) in der Ansicht gegangen, daß der ursprüngliche Name „her. poss." war. Dies läßt sich nicht nachweisen, nur das steht fest, daß er früher mehr gebraucht worden ist als später. — [In dem fr. 26. §. 11. de cond. ind. ist *hereditatis* die Lesart von F. [1], während F. [2] und andere Handschriften so wie die Basiliken (ὁ κληρονόμος) *herede* lesen, was auch die Beck'sche Ausgabe aufgenommen hat. Gewiß ist hereditatis, wie auch die Mommsen'sche Ausgabe liest, das Richtige. Vgl. auch meine Bon. Poss. II. 2. S. 203. Anm.] Durch die Stellen des Textes berichtigt sich auch die Ansicht Savigny's, welcher zweifelt, ob jemals der Ausdruck: bonorum possessio von Cicero gebraucht worden sei, und dann in den Nachträgen nur die Stelle ad famil. beschränkend zufügt; Verm. Schr. I. S. 164.

sacrarum fuit publicorumque operum depopulatio; simul in iure dicundo, ***bonorum possessionumque*** contra omnium instituta addictio et condonatio.

pro Cluentio §. 165: intestatum dico esse mortuum, ***possessionemque eius bonorum*** praetoris edicto huic illius sororis filio .... datam.

Fragm. orat. I. pro C. Corn. 18. (Or. p. 450): non Cn. Dolabella C. Volcatium, honestissimum virum, communi et quotidiano iure privasset. Non denique homo illorum et vita et prudentia longe dissimilis, sed tamen nimis in gratificando iure liber, L. Sisenna, ***bonorum*** Cn. Cornelii ***possessionem*** ex edicto suo P. Scipioni, adolescenti summa nobilitate eximia virtute praedito, dedisset.

12. Die zwei Hauptstellen Cicero's über die bonorum possessio, aus denen wir den eigentlichen Aufschluß über die ganze Lehre zu entnehmen haben, sind Verr. II. 1. §. 114—119. und Orat. part. 98. — Beginnen wir mit jener Stelle [33]).

Posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus: „si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur.“ Quare hoc sit ***aequissimum***, facile est dicere, sed in re tam usitata satis est ostendere, ***omnes antea ius ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse.*** XLV. 115. Cognoscite

33) Die Capitel- und Paragrapheneintheilung ist hier ohne Berücksichtigung des Inhalts gemacht worden, indem die neue Erzählung offenbar mit posteaquam beginnt, also auch hier das Cap. 45. (§. 115.) anfangen müßte.

hominis aliud [34]) *in re vetere* edictum novum, et simul, dum est unde ius civile discatur, adolescentes in disciplinam ei tradite. Mirum est hominis ingenium, mira prudentia.

Cicero bezeugt hier (und nachher wiederholt er es noch mehrmals), was genau festzuhalten ist, daß es sich bei diesem Edict über die bonorum possessio um eine alte Sache handelt, daß das Edict darüber ein altherkömmliches war, daß seitdem überhaupt die Prätoren über diese Angelegenheit [so ist doch wohl zu suppliren; während den Worten nach es auch so verstanden werden könnte: überhaupt seit dem Anbeginn der prätorischen Edictalthätigkeit] Rechtsbestimmungen getroffen haben, diese stets des angegebenen Inhalts waren.

Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem. Eius testamentum erat nullum. ***Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat.*** Si habuisset iste edictum, ***quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data.***

Der Gedankengang ist offenbar: weil die gens Minucia nach Civilrecht die Erbin war, so mußte, da kein Testament existirte oder wenigstens nicht zu Tage kam, ihr auch die possessio gegeben werden.

Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in heredita-

34) Dies aliud hat offenbar den falschen Capitelanfang veranlaßt, als wenn hier eine neue Erzählung begönne. Der Sinn ist aber: „bisher war das Angegebene das translaticium edictum, und nun lernt das ganz andere Edict dieses Menschen, ein neues in einer alten Sache, kennen.“

tem[35]): aut pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret: *ita de hereditate certaret. Hoc*, opinor, *iure et maiores nostri et nos semper usi sumus.*

Cicero erwähnt hier die Frage vom Erbschaftsstreit. Aber es ist gleich von vorn herein zu constatiren, daß er nicht sagt: es war ein Erbschaftsstreit in Aussicht, und um diesen zu reguliren, mußte hier nach den herkömmlichen Grundsätzen des Edicts der gens Minucia die possessio gegeben, und dem vermeintlichen Testamentserben die Klägerrolle zugewiesen werden; — sondern vielmehr: der Erblasser hat kein oder kein gültiges Testament hinterlassen, und Niemand tritt überhaupt mit Berufung auf ein Testament auf, so daß ein Erbschaftsproceß zunächst gar nicht in Aussicht steht; die bonorum possessio kommt der gens Minucia auf Grund ihres Civilintestaterbrechts zu; sollte nun aber doch noch Jemand auf ein bis jetzt nicht zu Tage getretenes Testament sich stützen, so muß er gegen den bonorum possessor klagend auftreten. Also: die Ertheilung der bonorum possessio ist nicht Stück der Proceßregulirung, sondern sie geht dem etwa möglichen Erbschaftsproceß ganz unabhängig voraus.

13. Videte ut hoc iste correxerit. **116.** Componit edictum iis verbis, ut quivis intelligere possit, unius hominis causa conscriptum esse; tantum quod hominem non nominat. Causam quidem totam perscribit, ius, consuetudinem, *aequitatem*, edicta omnium negligit. **Ex EDICTO URBANO.**

35) Vgl. Cic. de orat. I. §. 175: *egissetque lege* in hereditatem paternam.

SI DE HEREDITATE AMBIGITUR, ... SI POSSESSOR SPONSIONEM NON FACIET. Jam quid id ad praetorem uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse *oporteat?* Ergo quia possessor est, non moves possessione; si possessor non esset, non dares. Nusquam enim scribis, neque tu aliud quidquam edicto amplecteris, nisi eam causam pro qua pecuniam acceperas. 117. Jam hoc ridiculum est.

Der Sinn dieser Worte ist wohl folgender: Die Worte iam hoc ridiculum est gehören zum Vorhergehenden. Nach richtiger dem Sinn entsprechender Paragraphen-Eintheilung müßte §. 117. hinter ihnen stehen [36]), ebenso wie §. 116. vor Videte ut. Die Ueberschrift über das „edictum de hereditate" bestand aus ihren Anfangsworten, so wie sie nachher folgen: si de hered. ambigitur et tabulae testamenti etc. [37]). Cicero hebt nun als einen einleitenden Punkt hervor [38]), daß Verres schon gleich die tralaticische Ueberschrift verändert habe, in einer Weise, daß man von vorn herein seine räuberische Absicht erkenne, aber in so grober Art, daß die Sache einfach lächerlich sei. „Schon dies ist lächerlich." Gewiß aber wird man nicht annehmen dürfen, daß Verres die Worte: si possessor sponsionem non faciet neu erfunden habe, sonst würde Cicero gewiß mehr Wesens davon gemacht haben. Man wird also sagen müssen, daß die Worte: si possessor sponsionem non faciet die Ueberschrift des auf das „edictum de hereditate" tralaticisch folgenden Abschnitts waren; [es wird unten Ziff. 28. noch weiter

36) Meine Bon. Poss. I. S. 129. A. 10.
37) Und wie auch nachher das Sicilische Edict sie enthält.
38) Vgl. meine Bon. Poss. I. S. 132—134. 232. 233.

zu erwähnen sein, daß das Edict über die bonorum possessio zusammen stand mit den vom bonorum possessor zu leistenden Sponsionen]. Befanden sich die Worte: si *possessor* sp. n. f. hinter dem edictum de hereditate, so war der Sinn nicht zweifelhaft, daß unter possessor hier auch derjenige mitbegriffen sei, der nach den Bestimmungen des vorhergehenden Abschnitts ein Recht auf die bonorum possessio habe. Indem nun Verres beide Abschnitte combinirte und unter die vereinigte Ueberschrift brachte, so legt Cicero (gleichviel ob Verres diese Absicht wirklich gehabt hat, oder ob Cicero hier nur die Sache in's Lächerliche ziehen will) diesem Verfahren folgenden Sinn unter: Possessor ist auch rücksichtlich der Ertheilung der bonorum possessio bei Verres nicht derjenige, welcher nach den feststehenden Regeln possessorem esse *oportet*, sondern einfach der factische Besitzer, d. h. der mit Verres verbündete in Folge des Besitzes sichere und zahlungsfähige Gauner [39]). Nach dem tralaticischen Edict mußte Verres solchen eigenmächtigen Besitzergreifer der Erbschaft (den improbe pro herede Usucapirenden [40]) aus dem Besitz treiben, d. h. gegen ihn demjenigen, quem possessorem esse oportet, die bonorum possessio geben, der dann durch das Interdictum quorum bonorum den pro herede Usucapienten vertreiben würde

39) Mit dieser Ciceronischen Gegeneinanderstellung des einfachen possessor und dessen der possessor sein müßte, paßt nicht wohl zusammen die Erklärung von Hingst p. 54., welcher in der Richtung eine Zweideutigkeit supponirt, daß dem creditlosen Freunde des Verres eine Sponsion erspart und die Gefahr der Translation des Besitzes abgenommen werden sollte.

40) Meine Bon. Poss. I. S. 124. A. 1. S. 125. A. 4.

(quia possessor est non moves possessione). Statt dessen zeigt schon die Ueberschrift, daß Verres es in seinem Edict so einrichten wollte, daß er nicht dem auf die bonorum possessio Berechtigten, sondern dem unberechtigten eigenmächtigen Besitzergreifer die Sanction der prätorischen Besitzzutheilung geben werde (quid id ad praetorem *uter* possessor sit). Natürlich würde Verres diesem niemals die bonorum possessio geben, wenn er nicht schon eigenmächtiger Besitzergreifer der Erbschaft wäre; denn ohne das, nimmt Cicero an, werde derselbe nicht in der Lage gewesen sein, dem Verres seinen Beuteantheil, auf den es diesem doch lediglich ankommt, zu zahlen (si possessor non esset, non dares. Nusquam enim scribis neque tu aliud quidquam edicto complecteris, nisi eam causam pro qua pecuniam acceperas).

14. Si de hereditate ambigitur [41]) et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Hoc translaticium est: sequi illud oportet: si tabulae testamenti non proferentur.

Cicero bezieht sich auf das im Anfange als altes und translaticisches Recht Mitgetheilte, wonach also das herkömmliche Edict so fortgefahren hat:

41) Ueber die Bedeutung des Wortes ambigitur vgl. Cic. de Orat. II. §. 104. „quae sit causa *ambigendi*“ „quod inter homines *ambigatur* — ex controversis ut hereditatis.“ §. 110. 111. 137. III. §. 111. Top. §. 38. de Invent. II. 122. *ambigunt* agnati cum eo qui est heres. Meine Bon. Poss. I. S. 126.

SI TABULAE TESTAMENTI NON PROFERENTUR, TUM UTI QUEMQUE POTISSIMUM HEREDEM ESSE OPORTERET, SI IS INTESTATUS MORTUUS ESSET, ITA SECUNDUM EUM POSSESSIONEM DABO.

Abgesehen noch von allen Detailfragen, ist jedenfalls aus diesen Worten und aus Cicero's Argumention, daß danach im vorliegenden Falle die gens Minucia als Civilintestaterbin auf die bonorum possessio Anspruch gehabt haben würde, — klar, daß nach dem von jeher seit ihrer Constituirung geltenden Edictsrechte (dem „edictum de *hereditate*") die auf die bonorum possessio Berechtigten (quem possessorem esse *oportet*) folgende Personen waren:

1) der testamento auf die *hereditas* Berechtigte, und zwar nicht jeder, der testamento se *heredem esse* arbitraretur, sondern der, welcher auf Grund eines existirenden vorgelegten und mit bestimmter Siegelzahl versehenen schriftlichen Testaments [tabulae testamenti] se heredem esse arbitraretur;

2) der lege zur hereditas Berechtigte.

15. Wie hat nun Verres dies verändert, um zu seinem Zweck, einem ihn bezahlenden improbus hereditatis possessor unter dem Schein Rechtens die bonorum possessio geben zu können, zu gelangen? Cicero fährt fort:

Quid ait? *se ei daturum qui se dicat heredem esse.* Quid ergo interest, proferantur necne? si protulerit uno signo ut sit minus quam ex lege oportet, non des possessionem: si omnino tabulas non proferet, dabis. Quid nunc dicam? neminem unquam hoc postea alium edixisse? Valde sit mirum, neminem fuisse, qui istius se si simi-

lem dici vellet. *Ipse in Siciliensi edicto hoc non habet*; exegerat enim iam mercedem.

Aus dieser Stelle wurde bisher allgemein [auch von mir] [42]), und zwar auf den ersten Blick als sehr einleuchtend, entnommen, daß Verres an die Stelle der bisher den *lege* Berechtigten zur bonorumpossessio berufenden Worte: tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret si is int. mort. esset, ita secundum eum possessionem dabo, die Worte gesetzt habe: ei dabo possessionem, qui se dicet heredem esse.

Dagegen muß aber doch schon folgende Erwägung bedenklich machen. Verres wollte unter dem Schein Rechtens agiren. Hier aber an der Stelle der allen bekannten b. p. unde legitimi zu sagen: jeder qui se dicet heredem esse, also jeder Beliebige soll die bonorum possessio erhalten, und eine Intestaterbfolge soll es in der bonorum possessio gar nicht mehr geben, wäre ja ganz unverdeckter Bruch mit dem bisherigen Recht gewesen, der als Jedem sogleich auffällig dem Verres gerade bei der Ausführung seiner verdeckten Pläne schaden mußte. Zudem wäre die Sache wenig klug gewesen. Wenn an der Stelle der *legitimi* Jeder zugelassen werden soll: qui se dicat heredem esse, so konnte Verres gar nichts erreichen, wenn nun die gens Minucia möglichst schnell vor dem Prätor erschien, und dicens se heredem esse die bonorum possessio verlangte. Verres bedurfte einer Edictsformulirung, wodurch er mit dem Schein Rechtens gerade der gens Minucia entgegenhalten konnte, daß an ihr noch nicht die Reihe sei, daß ihr noch ein Anderer vorgehe, und zwar dieser Andere, unter den Worten:

42) Meine Bon. Poss. I. S. 135. 136.

qui se dicet heredem esse Versteckte, sollte der mit Verres verbündete Erbspeculant sein.

Diese Bedenken werden nicht allein bestätigt, sondern die Frage wird auch gleich erledigend gelöst durch die andere bisher in dieser Hinsicht noch nicht richtig benutzte Stelle der Verrinen, worin Cicero das Verfahren des Verres noch einmal wiederholt [43]).

Verr. II. 3. §. 16: Scio te Romae, cum praetor esses, edicto tuo possessiones hereditatum a liberis ad alienos, a primis heredibus ad secundos (dies geht auf die Erzählung in II. 1. §. 104 114), a legibus ad libidinem tuam transtulisse (dies geht auf den vorliegenden Fall, s. ob. Ziff. 11.). Scio te edicta superiorum omnium correxisse, et ***possessiones hereditatum non secundum eos, qui proferrent, sed secundum eos, qui dicerent testamentum factum, dedisse;*** easque res novas abs te prolatas et inventas magno tibi quaestui fuisse scio.

Die Sache war also, wie man nach dieser Stelle nunmehr ganz klar überschauen kann, viel klüger prolata et inventa. Verres edicirte: wenn ein Testament vorgebracht wird, so werde ich demgemäß die bonorum possessio geben; wird aber kein Testament vorgebracht, treten indeß Personen auf, die behaupten, daß ein Testament existire, nur noch nicht vorzulegen sei, so werde

43) Janssonius l. c. p. 48. 49. hebt bereits mit Recht die Wichtigkeit dieser Stelle für die Interpretation der Hauptanklage hervor, aber er gelangt doch nicht zum richtigen Resultat, indem er daran festhält, daß Verres edicirt habe, er werde die b. p. ei geben, qui se dicat heredem esse. Janssonius versteht dies so, als wenn darunter ein dritter (nichttestamentarischer und nichtintestater) Weg, zur b. p. zu gelangen, gemeint wäre.

ich ihnen gemäß die bonorum possessio geben. Und wenn auch Cicero bezeugt, daß Keiner nach Verres (bis zu seiner Rede im Jahre 684) so wieder edicirt habe, so ist dies eben doch ein Gedanke, der hinterdrein wirklich prätorisches Recht geworden ist (fr. 1. §. 2. de b. p. sec. tab; tit. D. 37. 2). Nur daß Verres diesen an sich ganz plausibelen Gedanken zunächst lediglich als Deckmantel für seine räuberischen Absichten in Bewegung gesetzt hat, oder wenigstens nach Cicero's Anklage gesetzt haben soll.

16. Vergleicht man, nach Betrachtung dieser Verrinischen Parallelstelle, die andere Hauptstelle noch einmal genau, so verschwindet denn auch alsbald der zunächst täuschende Schein. Cicero klagt den Verres ja gar nicht an, daß er die b. p. unde legitimi durch die Worte: qui se dicet cet. vollständig eliminirt habe. Dann würde Cicero wohl noch einen weit größeren Lärm erheben. Er klagt vielmehr nur, daß Verres nicht gleich hinter dem tralaticischen Satz von der Prolation der tabulae, die mit den Worten si tabulae testamenti non proferentur herkömmlich beginnende b. p. unde legitimi habe folgen lassen (sequi illud [d. h. jenes gleich in den Anfang der Erzählung gestellte Edictsstück] oportet). Also Cicero sagt: Verres hat zwischen die Prolation der Tabulä und die b. p. unde legitimi noch etwas eingeschoben. Und was? Se ei daturum, qui se dicat (sc. ex testamento) heredem esse. Daß es sich gerade hierum handle, daß also das ex testamento als selbstverständlich zu subintelligiren sei, hatte Cicero ja schon durch die vorausgehende Hervorhebung unseres Falls deutlich indicirt. Er sagte vorher: nach bisherigem

Recht hatte im vorliegenden Fall unzweifelhaft die gens Minucia die bonorum possessio zu beanspruchen, da ein Testament nicht proferirt war. Also stand einem ohne Prolation der Tabulä sich als Testamentserben Ausgebenden [si quis diceret, se (ex testamento) heredem esse, oder wie er vorher in gleichem Sinn, und zwar hier genau mit Hervorhebung des Wortes testamento, gesagt hatte: si quis *testamento* se heredem esse arbitraretur, *quod tum non extaret*] nach bisherigem Recht kein Weg zur bonorum possessio offen. Derselbe mußte vielmehr die hereditatis petitio anstellen. Cicero hatte nun gerade bestimmt hervorgehoben, daß wegen dieses Einen auf ein nicht proferirtes Testament sich Berufenden Verres, um ihn zur bonorum possessio zuzulassen, sein Edict componirt habe (componit edictum iis verbis, ut quivis intelligere possit *unius* hominis causa conscriptum esse). Danach konnte Cicero es als selbstverständlich betrachten, daß, wenn er nachher sagt wie Verres das Edict gefaßt habe, er — da der Ton ja auf: qui *dicit* liegen soll, d. h. jeder Beliebige die grundlose Behauptung Aufstellende — subintelligirt: qui se dicit heredem esse: *scilicet ex testamento*.

Daß dies lediglich Cicero's Sinn ist, folgt ja schließlich mit voller Sicherheit aus der gleich weiter angeknüpften Argumentation. Cicero muß Einen im Auge haben, qui se dicit heredem esse *ex tabulis tum non extantibus*, indem er gleich fortfährt: quid ergo interest *proferantur necne?* si protulerit uno signo ut sit minus, quam ex lege oportet, non des possessionem; *si omnino tabulas non proferet dabis*. Cicero will hervorheben, was bei dem neuen Verrinischen Edict im Gegensatz zum tralaticischen

herauskommt: Wer ein Testament vorbringt, das Ein Siegel weniger hat, als gesetzlich nöthig ist, wird nach tralaticischem wie Verrinischem Edict abgewiesen; wer gar kein Testament vorbringt, aber doch arbitratur et dicit testamento se heredem esse, war nach bisherigem Recht nur auf die hereditatis petitio angewiesen, von Verres wird er zur bonorum possessio zugelassen. Dies ist die eigentliche Spitze der Ciceronischen Anklage, denn nun geht er gleich in die Exclamationen quid nunc dicam u. s. w. über. Also ist der Gedanke ganz zu verbannen, daß Verres außer dieser Einschiebung des sich auf ein nichtexistirendes Testament Berufenden auch noch wegen Wegräumung der althergebrachten b. p. unde legitimi angeklagt werde.

Das Verrinische Edict wird demnach etwa folgendermaßen gelautet haben:

> Si de hereditate ambigitur ... si possessor sponsionem non faciet.

Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo.

si tabulae testamenti non proferentur, secundum eum dabo possessionem, qui dicet testamentum factum (oder: se testamento heredem) esse.

si nulla ex testamento petetur possessio, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo.

17. Cicero geht nun schließlich auf die Edictalcomposition des Verres in Sicilien über, um dadurch besonders seine eigentliche Anklage, daß Verres die ganze

Aenderung des Urbanaledicts in Folge vorher empfangenen Geldes vorgenommen habe, in helles Licht zu setzen.

Item ut illo edicto, de quo ante dixi, in Sicilia de hereditatum possessionibus dandis edixit idem, quod omnes Romae praeter istum. Ex EDICTO SICILIENSI. SI DE HEREDITATE AMBIGITUR. **XLVI. 118.** Ac per deos immortales, quid est, quod de hoc dici possit? Iterum enim iam quaero abs te, sicut modo in illo capite Anniano de mulierum hereditatibus, nunc in ***hoc de hereditatum possessionibus:*** cur ea capita in edictum provinciale transferre nolueris? Utrum digniores homines existimasti eos, qui habitant in provincia, quam nos, qui aequo iure uterentur? an aliud Romae ***aequum*** est, aliud in Sicilia? Non enim hoc potest hoc loco dici, multa esse in provincia aliter edicenda: non de hereditatum quidem possessionibus, non de mulierum hereditatibus. ***Nam in utroque genere video non modo ceteros, sed te ipsum totidem verbis edixisse quot verbis edici Romae solet.*** Quae Romae magna cum infamia pretio accepto edixeras, ea sola te, ne gratis in provincia male audires, ex edicto Siciliensi sustulisse video. **119.** Et cum ***edictum totum eorum arbitratu***, quamdiu fuit designatus, ***componeret, qui ab isto ius ad utilitatem suam nundinarentur:*** tum vero in magistratu contra illud ipsum edictum suum sine ulla religione decernebat. (Cicero geht nun auf andere Sachen ein).

Aus diesen Worten ist nur noch besonders das Zeugniß Cicero's hervorzuheben, daß Verres in Sicilien genau wörtlich (totidem verbis), wie es in Rom

herkömmlich war, das caput de hereditatum possessionibus edicirt hat; eine Sache, aus der noch mehrfache nothwendig sich ergebende Schlußfolgerungen, die man bisher unbeachtet gelassen hat, werden zu ziehen sein.

Von vorn herein wird man hiernach auch annehmen dürfen, daß rücksichtlich des caput de hereditatum possessionibus [welche Frage, wie Cicero ad Att. l. c. (Ziff. 11) sagt, nicht wohl ohne edictale Feststellung bleiben konnte] die Edicte der Statthalter auch in anderen Provinzen, wo nicht ganz besondere Gegengründe vorlagen, im Ganzen dem Urbanaledict gleichlautend gewesen sein werden.

18. Die zweite viel kürzere, aber doch noch als Hauptstelle Cicero's über das Institut der hereditatis possessio zu bezeichnende, ist die, welche wir in den Orat. part. §. 98. finden.

Atque eius quidem generis finis est *aequitas*; quae non simpliciter spectatur, sed *ex comparatione nonnunquam*: ut cum de verissimo accusatore disceptatur, aut *cum hereditatis* sine *lege* aut sine *testamento* petitur *possessio*: in quibus causis quid *aequius aequissimumve* sit, quaeritur.

Es ist kein Zweifel möglich, daß Cicero denjenigen Theil des caput de hereditatum possessionibus, den wir eben aus der Verrinischen Stelle ermittelt haben, hier als die hereditas possessio *ex testamento* und *ex lege* bezeichnet, und daß dies die Bestandtheile sind, welche man später gewöhnlich als b. p. secundum tabulas und unde legitimi bezeichnete. Indem er diese, also überhaupt die auf die civilrechtlichen Klassen gebaute bonorum possessio (in denen, um mit Cicero's Worten zu reden, quis testamento aut lege se *he-*

redem esse arbitratur) ausschließt, charakterisirt er das übrige Gebiet der hereditatis possessio in höchst eigenthümlicher Weise.

In der Verrinischen Stelle bezeichnet Cicero in dreimaliger Hervorhebung als den Grund der bonorum possessio die *aequitas*. Quare hoc sit aequissimum facile est docere, sagt er von der b. p. unde legitimi; von der b. p. ex testamento sagt er, daß für Rom wie für die Provinzen, und insbesondere Sicilien, die gleiche aequitas vorliege; und daß Verres das Urbanaledict verändert habe, bezeichnet er mit den Worten: ius, consuetudinem, *aequitatem*, edicta omnium *negligit*.

Die nicht-testamentarische und nicht-legitime hereditatis possessio reducirt nun Cicero ebenfalls auf aequitas [44]), aber doch in deutlicher Scheidung. Jene civilrechtlichen Klassen stützen sich auf eine absolute aequitas, bei ihnen kommt es darauf an, utrum possessorem esse *oporteat*, also hier ist die civilrechtliche Erbberechtigung die Basis des Anspruchs auf bonorum possessio. Nicht darin, daß diese Personen in Betracht kommen, liegt die aequitas, sondern darin, daß ihnen der Prätor den Schutz seines *imperium* [45]), als ein besonderes beneficium noch außer dem gewöhnlichen Schutze der *iurisdictio*, gewährt; daß er die Einrichtung trifft, diese Leute nicht lediglich auf ihr Recht und bei etwaiger Verletzung auf das lege agere oder

44) §. 2. J. de b. p. 3. 9.: nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor *ex bono et aequo* dilatavit.

45) Fr. 26 pr. ad municip. 50. 1; fr. 3 de iurisdict. 2. 1.

sponsionem facere, also überhaupt auf das de hereditate certare zu verweisen, sondern daß er auch ohne ein in Aussicht stehendes de hereditate certate dem civilrechtlich Berechtigten gleich durch seine magistratische Machtvollkommenheit die possessio der hereditas *dat* [46]), wobei es also eine zunächst nicht weiter in Betracht kommende Sache ist, ob hinterdrein noch ein Erbschaftsproceß stattfinden wird oder nicht.

Dagegen für die nicht-civilrechtlichen Aspiranten auf hereditatis possessio (die also nicht se *heredes* esse arbitrantur) kommt nach Cicero eine andere Art von aequitas, eine relativ-abwägende, in Betracht. Hier steht nicht bloß in Frage, was der Prätor thut, sondern wem er sein beneficium gewährt [47]). Welche Personen zur hereditatis possessio zugelassen werden sollen, ist hier der besonders hervorstechende nach aequitas zu beantwortende Punkt. Höchst charakteristisch ist dabei der andere Fall, mit dem Cicero die Zutheilung der bonorum possessio in Parallelismus stellt; man hat eine ebensolche aequitas walten zu lassen, als wenn man unter Mehren den verissimus accusator auswählt. Es handelt sich hier nicht in Betreff ein für allemal feststehender Personen um ein quid, welches positiv *aequum* ist (wie bei den Civilklassen), sondern

46) Der Ausdruck (für einen zunächst als berechtigt Angenommenen): nec *petitionem* (Rechtsschutz) nec *possessionem* (Besitzesschutz des Berechtigten, nicht jedes Besitzers) dabo bezeichnet, als Ausnahme für einen besonderen Fall, sehr prägnant umgekehrt die Regel. Verr. II. 1. §. 113. (oben Ziff. 11).

47) Fr. 1. pr. unde cogn. 38. 8: haec bonorum possessio *nudam habet Praetoris indulgentiam*, neque ex iure civili originem habet.

es handelt sich um ein Aussuchen aus mehren denkbaren Personen, also um den, der nach den Begriffen des Comparativs und Superlativs der Empfehlenswertheste ist (quid *aequius*, *aequissimumve* sit [48]).

Man sieht, die Verleihung der bonorum possessio in diesen Gebieten, aus denen dann zunächst die bonorum possessio unde cognati [49]) (und vielleicht auch bald unde vir et uxor) feste Gestaltung angenommen hat, stand zu Cicero's Zeit noch unter einem gewissen freieren Arbitrium des Prätors. Dies arbitrium äußerte sich in einer auswählenden causae cognitio, über die sich abgeschlossene edictale Vorschriften noch nicht festgestellt hatten. Es mag erlaubt sein, diese nichttestamentarische und nichtlegitime bonorum possessio in ihrer ursprünglichen Gestalt mit der clausula generalis der in integrum restitutio zu vergleichen [50]) und auch in einer analogen Formulirung auszudrücken, obgleich ich natürlich keineswegs behaupten will, damit die wirklichen Edictsworte getroffen zu haben. —

Wer in dieser Weise nach prätorischer Feststellung des aequius aequissimumve die bonorum possessio erhalten hatte, stand dem testamentarischen oder legitimen *heres* gegenüber ganz gleichartig, als wie wir bei Cicero die Stellung der gens Minucia, die die bonorum possessio nach tralaticischem Rechte erhalten haben müßte, gegenüber dem nicht zur bonorum possessio gelangten scriptus heres geschildert finden. Der ex testamento oder lege nicht zur bonorum posses-

48) Vgl. auch Jannsonius l. c. p. 112. 113.

49) Cic. Or. part. §. 66: de *aequitate* vero sic: ut, sitne aequum amicos *cognatis* anteferre?

50) Aehnlich auch Alibrandi l. c. p. 7.

sio gekommene heres kann sicher gegen den sine testamento und sine lege zur bonorum possessio Admittirten *lege agere* [51]).

51) Das lege agere gegen einen bonorum possessor kann übrigens, abgesehen von den im Text erwähnten regulären Gestaltungen, unter Voraussetzung eigenthümlicher Umstände noch besondere Gestaltungen annehmen. So namentlich bei Annahme der Umstände, an die sich für gewisse Fälle die Aufstellung der b. p. Carboniana geknüpft hat. Z. B. ein Vater setzt das von seiner vermuthlich schwangeren Frau zu erwartende Kind zu Erben ein, und ernennt auf den Fall, daß dies Kind nicht erbt, einen Anderen als secundus heres. Die schwangere Wittwe kommt allerdings nieder, aber so, daß das Kind, wenn es vom Erblasser herrühren sollte, dreizehn Monate im Mutterleibe gewesen sein müßte. Der secundus heres bestreitet in Folge dessen die Legitimität des Kindes. Dies ist wohl der Fall, den Plinius hist. nat. 7. 4. erzählt, und von dem er meldet, daß der Prätor troß der Unwahrscheinlichkeit der Legitimität doch dem Kinde als institutus die bonorum possessio (nicht als gewöhnliche Carboniana b. p. sondern nach den Grundsätzen des fr. 1. §. 8. de Carbon. ed. 37. 10.) gegeben habe. Diese Verfügung war also zum Nachtheil des secundus heres (contra eum), vgl. fr. 12. de Carb. ed. „contra quem“, indem dieser nun zur Klägerrolle gezwungen wurde. Masurius auctor est, L. Papirium Praetorem *secundo herede lege agente, bonorum possessionem contra eum dedisse,* cum mater partum se XIII mensibus diceret tulisse: quoniam nullum certum tempus pariendi statum videretur. — Fabricius hat diese Stelle für seine Theorie von der Entstehung der bonorum possessio aus der Proceßregulirung benützen wollen, wofür sie doch gar nichts beweist; s. unten Ziffer 34. A. 36. und Ziffer

Daß in solcher Art schon zu Cicero's Zeit die Cognaten zur bonorum possessio zugelassen worden sind (wenn sich auch noch nicht eine technische, edictal genau abgegränzte Klasse: bonorum possessio unde cognati entwickelt hatte), läßt sich genau nachweisen.

Cic. pr. Cluent. [51a]) c. 60: Obiectum est, C. Vibium Capacem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide, et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris; apud hunc ille Romae habitavit, apud hunc aegrotavit, huius domi mortuus est. At heres est Cluentius? — ***Intestatum dico mortuum, possessionemque eius bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio***, adolescenti pudentissimo et inprimis honesto, equiti Romano, ***datam*** Numerio Cluentio, quem videtis.

Um darzuthun, daß der Aulus Cluentius nicht der Mörder des Capax sein könne, sagt Cicero, es ließe sich dies doch nur voraussetzen, wenn Aulus Cluentius den Capax beerbt hätte. Dies aber sei gar nicht der Fall. Capax sei nicht etwa mit Hinterlassung eines Testamentes sondern intestatus verstorben, und seine Güter seien durch Intestat-bonorum possessio an seinen [d. h. des Capax] [52]) Schwestersohn, den Nu-

36. A. 42. (Etwas anders, als im Vorstehenden, construirt Huschke Richt. Jahrb. V. S. 9. den in der Plinianischen Stelle vorausgesetzten factischen Fall.)

51a) Ueber eine andere Stelle pro Cluent. c. 15, auf die man sich ebenfalls als die bon. poss. unde cognati erwähnend berufen hat, aus der dies aber nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, vgl. meine Bon. Poss. II. 1. S. 22.

52) Vgl. meine Bon. Poss. a. a. O.

merius Cluentius, gekommen. In der legitimen Klasse aber kann ein Schwestersohn ab intestato nicht zur bonorum possessio gelangen. Es ist also hiemit bewiesen, daß zu Cicero's Zeit bereits ein Schwestersohn, offenbar als Cognat, zu der bonorum possessio quae sine testamento und sine lege datur, gelangte. Und zwar, wie Cicero ausdrücklich hervorhebt: *ex edicto* gelangte. Also diese bonorum possessio sine testamento und sine lege data ist nicht etwa so zu denken, daß sie noch ganz ungeregelt den Decreten des Prätors überlassen gewesen wäre, welche Annahme sich mit jener Ciceronischen Stelle aus den Orat. partit. noch vereinigen ließe. Vielmehr muß irgend welche edictale Festsetzung, wenn auch nur in der vorher bemerkten Weise einer generalis clausula (auf welche jene negative Ciceronische Bezeichnung des Ganzen hindeutet), bereits existirt haben.

19. Wie nun noch im Genaueren die Stellung des sine testamento und sine lege zur bonorum possessio Admittirten gegenüber dem heres zu Cicero's Zeit war, darüber besitzen wir eine lehrreiche Beweisstelle bei Valerius Maximus. Zum Verständniß derselben bedarf es einiger einleitender Worte.

Wenn wir aus der eben citirten Stelle pro Cluent. ersehen, daß ein Schwestersohn zu der bonorum possessio zugelassen wurde, für welchen der Aequitätsgrund seiner Admission offenbar seine Cognation war (s. Ziff. 18. A. 49.), so wird es schon von vorn herein kein Bedenken haben, daß auch ein Vater, für den lediglich die cognatische Ascendentenstellung in Betracht kam, auf Grund derselben Aequität zur bonorum possessio gelangen konnte. Solch ein rein cognatischer Vater

ist vorhanden, wenn wir uns denken, er habe sein Kind aus seiner Gewalt gegeben; und zwar ist, um auch noch die Möglichkeit der besonderen Rechtsstellung des parens manumissor und der darauf gebauten contra tabulas b. p. auszuschließen, weiter vorauszusetzen, daß der Vater sein Kind in Adoption gegeben hat. Soll dann dies Kind als ein zur Testamentserrichtung befähigtes angenommen werden, so ist noch Weiteres zu supponiren, z. B. daß der Adoptivvater schon wieder gestorben, also nun das Adoptivkind als selbständiges seinem natürlichen Vater gegenübersteht.

Solchem rein cognatischen Vater finden wir in der classischen Zeit nicht bloß die bonorum possessio unde cognati zugestanden, sondern es ist ihm auch materielles Notherbenrecht eingeräumt worden [53]), demzufolge er, wenn er im Testamente seines Kindes sich ohne Grund präterirt oder exheredirt fand, nach vorgängiger Agnition der bonorum possessio litis ordinandae gratia [54]) die inofficiosi querela anstellen konnte. Diese Inofficiositätsquerel hat sich insbesondere seit der Augusteischen Zeit zu einem vor den Centumvirn anzustellenden Rechtsmittel, dem man den juristischen Charakter der hereditatis petitio ab intestato beilegte, gestaltet. In dem zunächst ganz untechnischen Worte „querela“ liegt aber gerade [55]), daß sich hier zunächst ein gewisses factisches Material entwickelt hatte, demgemäß die öffentliche Meinung es billigte, daß man sich unter gewissen Voraussetzungen über die Lieblosigkeit

53) Fr. 30. pr. de inoff. test. 5. 2: Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

54) Fr. 6. §. 2. — fr. 8. pr. de inoff. test. 5. 2.

55) Vgl. Gneist Formelle Vertr. (1845) S. 66 ff.

eines Testaments beschweren konnte, — auch ehe noch man dazu gelangt war, eine bestimmte Klage (iniuriarum actio, hereditatis petitio ab intestato) ausfindig zu machen, mit der man jenes factische Material auf den Weg eines Processes vor den Centumvirn führen konnte.

In Betreff eines in der beschriebenen Stellung stehenden Vaters theilt nun Valerius Maximus VII. 7. §. 5. die „constitutio“ eines praetor urbanus mit, also offenbar ein prätorisches Decretum, das man, weil darin ein wichtiger Präcedenzfall lag, der Aufbewahrung würdig befunden hat.

Egregia est quoque C. Calpurnii Pisonis praetoris urbis [56]) constitutio. Cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato *exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est.* Movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis. Sed aliquid etiam

56) In dem Auszuge des Julius Paris steht statt praetoris urbis: *praefecti urbis* und dies ist durch einen Corrector auch in den Codex Bernensis übergegangen. Lipsius, der diese Lesart zu billigen scheint, bezieht das Factum danach auf den Lucius Piso, der unter Tiberius Präfect war (Editio Val. Max. cum J. Lipsii notis Lugd. Batav. 1640. p. 522.). Mit Recht bemerkt hiegegen Kempf in seiner Ausg. des Val. Max. (1854) p. 586, daß, abgesehen vom verschiedenen Vornamen jenes Piso, die Erzählung des Valerius von der Ertheilung der bonorum possessio zu dem Geschäftskreise des Präfectus Urbi gar nicht passe. Die falsche Lesart kann, wie Kempf hervorhebt, sehr leicht aus der unrichtig verstandenen Abkürzung pr. urbis entstanden sein.

flexit circumstantium liberorum numerus, quia cum patre septem fratres impie exheredatos videbat.

Der in Adoption gegebene und dann zur Fähigkeit der Testamentserrichtung gelangte Sohn hatte seinen natürlichen Vater Terentius in seinem Testamente exheredirt. Man erkennt sogleich, daß hier alle die Gründe in Betracht gezogen werden, wie sie dem materiellen Notherbenrecht und der Frage, ob ein liebloses (inofficioses) Testament errichtet sei, angehören. Man sagte: in der Exheredation des Vaters hat der Sohn contra officium gehandelt, denn er dankt seinem Vater Leben und Erziehung und er hat die väterliche Autorität (patria maiestas) stets anzuerkennen. Dazu kommt noch, daß der Sohn, indem er seinen Vater enterbt, mittelbar auch seine sieben Geschwister von seinem Vermögen ausgeschlossen hat [57]).

Die Stelle zeigt nun aber deutlich, daß die erwähnte prätorische constitutio aus einer Zeit datirt, wo die Elemente des materiellen Notherbenrechts noch rein factisches Material waren, ohne bereits feste Rechtsform angenommen zu haben. Der sich verletzt fühlende Vater stellt nicht vor den Centumvirn die zunächst als Injurienklage aufgefaßte querela inofficiosi testamenti an, sondern er geht einfach zum Prätor, bringt dort seine „Beschwerde" an [58]) und bittet, ihm

57) So ist wohl der Schlußpassus zu verstehen. Die sieben Geschwister treten nicht selbst mit einer Querel auf, sondern sind nur circumstantes, um die väterliche Beschwerde besser zu coloriren. Sie nehmen gar nicht ein selbständiges Notherbenrecht in Anspruch, sondern nur, daß sie später vom Vater erben werden, was dieser jetzt seinem Kinde gegenüber fordert.

58) Aber diese Beschwerde wird factisch bereits so genannt

zu helfen. Der Prätor hat noch kein anderes Mittel in der Hand, als daß er ihm die bonorum possessio giebt. Offenbar ist hier die bonorum possessio litis ordinandae gratia, auf Grund deren dann der sich Beschwerende darauf hingewiesen wird, klagend bei den Centumvirn aufzutreten, noch nicht vorhanden gewesen. Man kennt nur erst den Begriff, daß dem Einen die bonorum possessio gegeben wird, und dabei die Möglichkeit bleibt, gegen diesen klagend vorzugehen. Die bonorum possessio, die dem Vater gegeben worden, ist einfach die bonorum possessio quae sine testamento und sine lege datur. Aber an und für sich würde diese nur dieselbe Rechtslage gewähren, wie sie uns Cicero in dem Minucischen Falle vorführt. Wenn ein gültiges Testament vorhanden ist, so kann der scriptus heres gegen die zur bonorum possessio gelangte gens Minucia *lege agere*, und ihr die Erbschaft wegnehmen. Eben so kann auch hier, wo von einer Cassirung des Testaments auf Grund einer Klage des Vaters nicht die Rede ist, der scriptus heres [59]) gegen den, der sine testamento und sine lege die bonorum possessio erhalten hat, an sich *lege agere*. Aber nun tritt gegen die dem Vater drohende Abforderung der Erbschaft die „egregia constitutio" des Prätors, die wir, als eine gewiß ihrer Zeit großes Aufsehen erregende und deßhalb in der Literatur aufbewahrte, zu den ersten treibenden Keimen des materiellen Notherbenrechts werden zählen dürfen. Der Prätor hat hier of-

(*querelam* detulit), wie dies dann später ein juristisch-technisches Wort geworden ist.

59) Offenbar sind, da von einem Auftreten des exheredirten Vaters die Rede ist, diejenigen heredes, gegen die er auftritt, die Eingesetzten.

fenbar dem scriptus heres, wenn er sich gemeldet hat, die bonorum possessio verweigert, dann hat er sie dem Vater gegeben, und schließlich dem scriptus heres das lege agere gegen den bonorum possessor denegirt. Also der Prätor hat dem scriptus heres gegenüber Aehnliches gethan, als was Cicero auch vom Verres erzählt; der Prätor decretirt gegen den scriptus heres: *„neque possessionem neque petitionem do"* [60]). So gewinnt er den ersten Rechtsschutz für den Vater. Dieser erhält die bonorum possessio und es wird dafür gesorgt, daß der heres nicht gegen ihn klagen kann. Auf Grund dieser zunächst noch etwas umständlichen Einrichtung ist dann, unter Erstarkung der Grundgedanken des materiellen Notherbenrechts, das spätere Recht der bonorum possessio litis ordinandae gratia mit nachfolgender eigener Klage auf Umstoßung des Testaments erwachsen.

Schon der Inhalt dieser constitutio des Prätor Piso zeigt, daß wir es mit einer der voraugusteischen Zeit angehörigen Verfügung zu thun haben. Damit stimmt es völlig zusammen, daß wir unter den in den Geschichtsquellen erwähnten Caii Calpurnii Pisones wohl keinen Anderen als den möglichen Autor der constitutio aufstellen können als den, der im Jahr 687 Consul war [61]). Denn die Zwei dieses Na-

60) Sehr deutlich erweist sich dies Verfahren des Prätors, — daß er dem scriptus heres die bonorum possessio verweigert, und dann ihn auch nicht gegen einen später stehenden bonorum possessor klagen läßt, — als eine Vorstufe zu dem Begriff, daß man eine bonorum possessio geradezu corrigendi gratia vor den scriptus heres stellte.

61) Dies vermuthet auch Kempf l. c. p. 586.

mens[62]), von denen der Eine bei Cannä focht, der Andere 568 die Celtiberer besiegte, sind offenbar für unsere Frage zu früh; andererseits erscheint der diesen Namen tragende zum Kaiserthron bestimmte Verschwörer gegen Nero als für die Zeit der Abfassung des Valerischen Werks[63]) wie für den Inhalt unserer Stelle zu spät lebend. Sodann kann es auch nicht der Schwiegersohn Cicero's C. Calp. Piso Frugi sein, weil dieser mit dem Verres zusammen Prätor, also nicht praetor urbanus war. Es bleibt also wohl nur jener genannte C. Calpurnius Piso übrig, der Autor des strengeren Gesetzes de ambitu, der, von Cäsar der Repetunden und wegen der Hinrichtung eines Transpadaners angeklagt, von Cicero vertheidigt worden ist[64]). Wir haben danach bei dieser constitutio Pisonis rücksichtlich der bonorum possessio einen Rechtszustand vor uns, wie er uns in der Verrinischen Zeit entgegentritt. Die bonorum possessio ist ein Institut, wonach der Erbbesitz auch sine testamento und sine lege gegeben werden kann. Regulär kann dann aber der heres gegen den bonorum possessio lege agere. Indeß steht das Institut noch unter sehr freier prätorischer Handhabung, so daß der Prätor aus besonderen Gründen rücksichtlich des heres auch decretiren kann „neque

62) Drumann Geschichte Roms II. S. 60.

63) Valerius Maximus schrieb sein Werk in den Jahren 28—32 nach Chr. S. die Kempf'sche Ausgabe p. 7.

64) Orelli et Baiter Onomasticum Tullian. p. 121. Drumann Gesch. Roms II. S. 92—95. Auch Drumann zieht auf diesen Piso die Erzählung des Valerius Maximus (a. a. O. A. 25). Er bemerkt, daß dieser Piso wahrscheinlich gerade im Anklagejahr des Verres Prätor war.

possessionem neque petitionem do." Ist in solchem Fall der heres ausgeschlossen, so ist offenbar die Absicht, daß derjenige, dem die bonorum possessio gegeben worden, die ganze prätorische Universalsuccession an Stelle des bei Seite geschobenen heres (loco heredis) haben soll: nicht bloß einen Anspruch auf die corpora hereditaria, so daß kein Gläubiger sich an den bonorum possessor halten, kein Schuldner von ihm belangt werden könnte.

20. Nach vorstehender Erörterung einerseits der aus einem Testamente oder legitimer Erbberechtigung, und andererseits der sine testamento und sine lege zuständigen bonorum possessio, fasse ich das zu Cicero's Zeit bestehende tralaticische Edict in folgenden Worten zusammen:

SI DE HEREDITATE AMBIGITUR.

SI DE HEREDITATE AMBIGITUR ET TABULAE TESTAMENTI OBSIGNATAE NON MINUS MULTIS SIGNIS QUAM E LEGE OPORTET AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS TESTAMENTI POTISSIMUM POSSESSIONEM DABO.

SI TABULAE TESTAMENTI NON PROFERENTUR, TUM UTI QUEMQUE POTISSIMUM HEREDEM ESSE OPORTERET, SI IS INTESTATUS MORTUUS ESSET, ITA SECUNDUM EUM POSSESSIONEM DABO.

CUM HEREDITATIS SINE TESTAMENTO AUT SINE LEGE PETETUR POSSESSIO, SI QUA MIHI IUSTA [oder: AEQUITATIS] CAUSA VIDEBITUR ESSE, POSSESSIONEM DABO.

SI POSSESSOR SPONSIONEM NON FACIET.

Dieses prätorische Edict, — in den ersten zwei Absätzen auch rücksichtlich der Worte (abgesehen von

wenigen Ausnahmen) vollständig sicher, in dem dritten Absatz wenigstens dem Sinn nach ganz auf einer Ciceronischen Mittheilung fußend, — ist der eigentliche Schlüssel für das Verständniß der hier zu behandelnden Lehren [65]). Es wird also auch in dem Verlauf der Darstellung dieses die Grundlage bildende Edict, in seiner Zusammenstellung mit dem was wir in den Digesten aus der classischen Juristenzeit finden, sehr eingehender Untersuchung bedürfen. Zunächst sind hier erst einige Punkte herauszugreifen.

1) Das Wort: potissimum kommt zweimal vor, und danach ist es jedenfalls das Nächstliegende, daß

65) Bei manchen auch noch in neuerer Zeit aufgestellten Ansichten (s. insbes. Ziff. 9. A. 25. und Ziff. 61. A. 80.) über den Ursprung der bon. poss. wird dieser sichere quellenmäßige Boden, auf dem allein man das Ziel der Forschung erreichen kann, viel zu sehr außer Acht gelassen. Am Richtigsten in dieser Hinsicht ist Janssonius in seiner fleißigen (oben Ziff. 8. A. 18 citirten) Schrift: p. 32 „bonorum possessionem *heredibus* concessam caput esse ac fundamentum totius instituti". p. 51. „bonorum possessionem recte *ex iure hereditario* repetere, . . . ita ut b. p. spectaverit *successionem* inter eos, qui iure civili heredes essent. — Nur geht Janssonius (im Anschluß an mein früheres Werk über die b. p.) darin zu weit, daß er aus dieser Edictsfassung auch die Aufeinanderfolge der prätorischen Berufung unter den civilen Intestatklassen glaubt rechtfertigen zu können. — Ganz unbezeichnend wird übrigens diese Ansicht des Janssonius (wonach die b. p. ursprünglich die Aufeinanderfolge der Berufung unter den civilrechtlichen Erbklassen war l. c. p. 72.) von Vering Erbrecht S. 581. 582. so angegeben: „die b. p. sei eine sehr alte Ergänzung des Erbrechts gewesen, durch welche der Prätor die Zahl der Successoren vermehrte."

es in beiden Stellen im gleichen Sinn gebraucht sein wird. Das erstemal sehen wir es zweifellos adverbiell angewendet; es hat den Sinn von „vornehmlich" oder „zunächst" [66]). Das zweitemal kann es grammatisch allerdings adjectivisch genommen werden, „so wie ein Jeder der vornehmlichste oder nächste Erbe sein müßte." Der Sinn wird nicht geändert, wenn man es auch hier adverbiell nimmt: „so wie ein Jeder zunächst der heres sein müßte" [67]).

2) Statt *possessionem* dabo im ersten Absatz hatte die erste Orelli'sche Ausgabe die Worte: ***hereditatem dabo*** gesetzt, und auch ich habe in meiner Bon. Poss. I. S. 137. diese letzteren Worte zu vertheidigen gesucht. Die zweite Orelli'sche Ausgabe (von C. A. Jordan besorgt, 1854) liest dagegen auf Grund des besser beglaubigten Textes (Lambin und Lagomarsinianus 29.): possessionem. Daß dies auch abgesehen von der äußeren Beglaubigung nach inneren Grün-

66) Janssonius l. c. p. 84.

67) Ganz ungerechtfertigt ist der Sinn, den Hingst (p. 61.) in das Wort potissimum legt: Der Prätor habe zuweilen die bonorum possessio secundum tabulas um eines emancipatus praeteritus willen extra ordinem recusirt und ebenso ab intestato dem agnatus proximus bisweilen um eines vorhandenen Emancipirten willen die bonorum possessio denegirt. Um dies thun zu können, habe er in der Ciceronischen Zeit, wo der Prätor sich noch viel mehr wie später der Dation der bonorum possessio immiscirte, in das Edict das Wort *potissimum* (welches zulasse, daß hie und da eine Ausnahme eintrete) inserirt. — Unrichtig auch die frühere Huschke'sche Auffassung (Richter'sche Jahrb. V. S. 14.), daß in dem potissimum eine Zusage „an den Würdigsten" liege. Vgl. meine Bon. Poss. I. S. 140.

den das Vorzuziehende ist, wird unten noch genauer begründet werden. Hier möge zunächst das eine Argument seine Stelle finden, daß in dem zweiten Absatz (der allerdings von Cicero nicht in directer Redeweise, aber doch offenbar unter genauer Festhaltung der Worte mitgetheilt wird) das Wort possessio unzweifelhaft ist. Dies gewährt, indem in dieser selben Lehre doch nicht wohl mit zwei so verschiedendeutigen Ausdrücken gewechselt sein kann, einen Rückschluß auf das possessionem des ersten Absatzes[68]).

3) In meiner Bon. Poss. I. S. 138. hatte ich, ebenso wie Fabricius und Huschke[69]) einem früher herrschenden schlechteren Texte folgend, in dem zweiten Absatz gelesen: tum uti *proximum* quemque potissimum heredem esse oporteret, und auf das Wort proximum weitere Schlußfolgerungen gebaut. Es ist aber in neuerer Zeit darauf hingewiesen worden, daß das proximum ein Zusatz des Pseudo-Asconius ist[70]),

68) Huschke (Richter'sche Jahrb. 1839. V. S. 4.) zieht dem possessionem noch vor: hereditatis possessionem dabo. Aber aus dem Variiren der Handschriften zwischen possessionem und hereditatem kann dies nicht geschlossen werden. — Fabricius S. 33. A. 34. nimmt das hereditatem nur im Sinn von hereditatis possessionem. — Janssonius p. 84. 90. hält ohne Begründung das: hereditatem fest.

69) Fabricius a. a. O. S. 33. Richter'sche Jahrb. V. S. 3. 17. — In den Digesten kommt in der That einmal ein gleichartiger Passus vor; fr. 1. de b. p. furioso 37. 3: nonne iustius atque utilius erit ad eundem modum *proximo cuique possessionem dari.*

70) Vgl. Baiter Asconius p. 190 (in: Ciceronis Scholiastae ed. Orellius et Baiterus pars altera, 1833). Dem-

und demgemäß müssen dann auch die Schlußfolgerungen fallen, die auf die Annahme gebaut waren, daß „jene Worte nach dem bekannten Gebrauch des Superlativs in Verbindung mit quisque auf mehrere nach Maaßgabe ihres näheren oder weniger nahen Verhältnisses zum Verstorbenen hintereinander zu berufende Personen hindeuten" [71]).

4) Die Worte: si tabulae testamenti non proferentur des zweiten Absatzes schließen sich unmittelbar an den ersten an, wie Cicero ausdrücklich hervorhebt (sequi illud oportet). Darin liegt, daß zur Zeit dieser Formulirung des Edicts zwischen dem ersten und zweiten Absatz d. h. zwischen dem, was Cicero einerseits die bonorum possessio ex testamento und andererseits ex lege nennt, noch kein Abschnitt gestanden haben kann, wie wir ihn später als bonorum possessio unde liberi zwischen der secundum tabulas und unde legitimi finden [72]). Hieraus erklärt sich denn auch, daß in der späteren Edictsformulirung die Worte: si tabulae testamenti non proferentur [73]) aus dem An-

gemäß lassen denn auch die beiden Orelli'schen Ausgaben des Cicero das proximum weg.

71) Huschke a. a. O. S. 17. — Die richtige Ausführung der Verwerflichkeit des proximum giebt Hingst l. c. p. 52. s. auch Hartmann Gött. G. A. 1861. I. S. 315. — Trotz dieser neueren Feststellung nimmt Schirmer (Erbr. S. 95.) ohne weitere Motivirung noch das proximum auf. Ebenso auch Alibrandi l. c. p. 6.

72) Vgl. meine Bon. Poss. I. S. 142. 143. Janssonius l. c. p. 82.

73) Die später überhaupt auch deshalb nicht mehr paßten, weil das Erforderniß der Prolation der Tabulä aufgehoben wurde, s. darüber unten Ziff. 87.

fang der bonorum possessio unde legitimi fortfallen mußten. Danach hat der zweite Absatz des zu Cicero's Zeit geltenden Edicts in der Zeit der classischen Pandektenjuristen folgende Gestalt angenommen: Fr. 1. pr. unde legit. 38. 7. (Julian.): Haec verba edicti: ***tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset.***

Daß jener zweite Edictsabsatz der Ciceronischen Zeit und diese spätere technisch s. g. Klasse unde legitimi derselbe Punkt sind, geht aus der wörtlichen Uebereinstimmung mit Evidenz hervor; es folgt dies ferner daraus, daß Cicero gerade aus diesem zweiten Absatz das Recht der gens Minucia (als Civilintestaterbin im Fall des Nichtvorhandenseins eines Testaments) auf die bonorum possessio ableitet; es liegt dies endlich darin, daß Cicero alle übrigen bonorum possessiones als bonorum possessio sine testamento und sine lege bezeichnet, wo denn unter der b. p. lege eben nur unser zweiter Absatz gemeint sein kann[73a]).

5) Der Conjunctiv oporteret hängt von dem si intestatus mortuus esset ab, und der Sinn der Worte ist: derjenige, welcher im Fall der Nichtexistenz eines Testaments der ***heres*** (ab intestato) sein würde, soll im Fall der Nicht-Prolation des Testaments (auch wenn im Uebrigen ein Testament existiren mag) zur bonorum possessio zugelassen werden. Die Worte

73a) Hiernach ist die Huschke'sche Erklärung der Worte dieses Absatzes (Richter'sche Jahrb. V. S. 16.), daß nämlich „heredem esse oporteret den bezeichnen soll, der abgesehen von einem Testament (si int. mort. esset), gleichviel ob wirklich heres (ab intestato) oder nicht, doch würdig wäre heres zu sein und darum die B. P. erhalten müsse" — eine unzulässige.

si intestatus [73b]) mortuus esset sind also in unserem zweiten Absatz ganz nothwendig, und nur das mangelhafte Verständniß des unzweifelhaften Sinnes der Stelle, ferner die Nichtbeachtung der Parallelstelle (fr. 1. pr. unde legit.) und des richtigen Ciceronianischen Textes haben dahin führen können, daß man früher die Worte si intestatus mortuus esset für ein Glossem gehalten und mit Hotomannus gestrichen hat [74]).

Nicht im Widerspruch hiemit steht, daß wir in drei anderen Pandektenstellen einen abgekürzten Edictstext finden, worin denn allerdings die Worte si intestatus mortuus esset fehlen.

Fr. 4. unde legit. 38. 7. (Julian.): haec bonorum possessio: *tum quem heredem esse oportet.*

Fr. un. §. 2. ut ex legib. 38. 14. (Ulp.): Cum ex lege duodecim tabularum quis habet hereditatem, hinc non petit sed inde: *tum quem ei heredem esse oportet.*

Fr. 227. pr. de V. S. 50. 16. (Paul.): Ex illa parte Edicti: *tum quem ei heredem esse oportet*, rel.

In allen diesen drei Stellen wird offenbar bloß die Klasse unde legitimi kurz bezeichnet, nicht der eigentliche Edictstext der Klasse mitgetheilt. Wahrscheinlich führte diese Klasse im Edict die in diesen drei Stellen angegebenen Worte in der classischen Zeit als Ueberschrift.

Uebrigens sehen wir aus den Edictsworten der Klasse selbst, wie sie das fr. 1. pr. unde legit. mit-

73b) Richtiger als: intestato. Madvig Opuscula academ. (1834) p. 349. not. 1. in fin.; s. auch das cit. fr. 1. pr. unde legit.

74) So auch die erste Orelli'sche Ausgabe. — Madvig l. c. p. 348. klagt sich selbst an, daß auch er früher in diesen Irrthum verfallen sei.

theilt, daß in der classischen Zeit auch das potissimum weggelassen war.

21. — 6) Die Worte des ersten Absatzes: non minus multis signis quam *e lege* oportet, werden verschieden interpretirt. Ich habe früher angenommen, daß sie soviel heißen als iure civili [75]).

Ich glaube jetzt, daß dies folgendermaßen zu erklären sei. Cicero sagt, daß das Verrinische Edict in Sicilien wörtlich ebenso gelautet habe und wir dürfen annehmen, daß in Betreff dieses Punktes das Provincialedict im Allgemeinen allenthalben gleichlautend war. Nun sind gewiß die Formen und die Siegelzahl der Testamente in den verschiedenen Ländern verschieden gewesen und die Römer haben dabei das bestehende Localrecht respectirt. Das Edict aber, um überhaupt in dieser Lehre gleichlautend für Rom und für die Provinzen sein zu können, mußte Ausdrücke gebrauchen, die den verschiedenen Localrechten Spielraum ließen. Ex lege hat diesen Sinn. Es bedeutet „nach dem bestehenden Recht" [76]); für Rom bedeutet es so viel wie iure civili, für die Provinzen bedeutet es ihr Provinzialrecht [77]).

75) Meine Bon. Poss. I. S. 158 ff.

76) Ich knüpfe also hiemit wieder an die Hugo'sche Erklärung (R.G. S. 589. A. 2.) an. In meiner Bon. Poss. bin ich derselben entgegengetreten, weil ich überhaupt der bei Cicero doch so deutlich hervortretenden Verwendung der b. p. in den Provinzen noch nicht die genügende Rechnung getragen habe.

77) Später hat das Edict (wenigstens für Rom) die Siebenzahl der Siegel positiv gefordert, fr. 3. si tab. test. null. 38. 6.: b. p. potest peti ab intestato si

Eine Parallele haben wir in der Erzählung des Cicero von dem Proceß des Heraclius.

Verr. II. 2. c. 14—16. eam diem constituit, ut hanc Heraclii dicam sortiri post dies XXX. *ex lege* posset. . . incipit simulare se velle sortiri. Heraclius . . . postulat ut . . . aequo iure disceptare liceat . . . . Heraclius . . ut iudices *e lege Rupilia dentur*. . . Cum id, quod omnes intelligebant, diceret Heraclius, ius esse certum Siculis, inter se quo iure certarent, legem esse Rupiliam, quam P. Rupilius consul de decem legatorum sententia dedisset; hanc omnes semper in Sicilia consules praetoresque servasse: negavit se iudices *e lege Rupilia* sortiturum. Wie sehr es den Römern feststand, *lege* in dem weiteren Sinn „nach dem bestehenden Recht" zusammenfassend für Rom und die Provinzen zu gebrauchen, zeigt die bei dieser Gelegenheit zwischengeworfene Exclamation Cicero's:

Quid ego istius in iure dicundo libidinem et scelera demonstrem? quis vestrum non ex urbana

certum sit, tabulas non extare *septem testium signis signatas*. Gai. II. 119: Praetor tamen, *si septem signis testium signatum sit* testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur. 147. *si septem testium signis signata sint testamenta*, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere. Ulp. XXIII. 6: *si septem signis testium signatum sit* testamentum. XXVIII. 6. si signatum testamentum sit *non minus quam septem testium civium Romanorum signis*, bonorum possessio datur. l. 1. C. de b. p. sec. tab. 6. 11. (Gordian. 242.): nonnisi secundum eas tabulas, *quae septem testium signis signatae sunt*.

iurisdictione cognovit? quis unquam isto praetore Chelidone invita [die den Verres beherrschende meretrix vgl. II. 1. §. 136. 137.] *lege agere* potuit? Non istum, ut non neminem, provincia corrupit: idem fuit qui Romae.

Ebenso wie das Edict de hereditatum possessionibus in Betreff der testamentarischen Succession auch für die Provinzen eingerichtet war, ebenso war dies auch in Betreff der Intestatsuccession der Fall. Cicero erzählt uns aus Sicilien den Erwerb einer testamentarischen Erbschaft von Seiten eines Intestaterben mit Ausdrücken, die fast wörtlich dem prätorischen Edict entsprechen.

Verr. II. 2. §. 53: Bidis oppidum est tenue sane, non longe a Syracusis. Huius longe primus civitatis est Epicrates quidam. Huic *hereditas* HS quingentorum millium *venerat a muliere quadam propinqua*, atque ita propinqua, ut, ea etiam *si intestata esset mortua*, Epicratem *Bidinorum legibus heredem esse oporteret.* Wir sehen hiernach, wie auch die b. p. unde legitimi „totidem verbis“ in dem Provincialedict proponirt werden konnte.

Also: das caput de hereditatum possessionibus war ein gewiß von früh an, jedenfalls schon zu Cicero's Zeit (vgl. auch oben Ziff. 11. die Stelle ad Attic. VI. 1.) so verwendetes Institut, daß in Rom wie in den Provinzen die Erbklassenregulirung dem Imperium des Prätors[78]) und Statthalters

78) Unter der zweiten Dictatur Cäsar's war Antonius (706) *magister equitum.* Von Letzterem sagt Cicero Phil. II. c. 25. (s. oben Ziff. 11.), daß er [indem er

unterstellt war. Man theilte einfach testamentarische und Intestatsuccession, man respectirte dabei das Localrecht; in Rom verwendete man das Civilrecht, in den Provinzen fragte man, wie viel Zeugen dort *lege* für das Testament erforderlich seien, und wer legibus (Bidinorum etc.) der nächste Intestaterbe sei. Aber das Wichtige war, daß man für das ganze Reich eine Einrichtung hatte [79]), wonach die Begriffe Testament und Intestatsuccession allenthalben hin verpflanzt wurden. Denn wenn insbesondere kein locales Testamentenrecht bestand, so galt ohne Zweifel das römische (fr. 32. pr. de legib. 1. 3). Allenthalben war danach die Regulirung des Erbrechts nach den bestehenden Klassen in die Hand des die possessio ertheilenden und in Folge dessen die factische Besitzerlangung erleichternden Magistrats gelegt. Nicht aus den Provinzen ist das Institut nach Rom gekommen, aber das in Rom aus dem Imperium des Prätors hervorgewachsene Institut ist mit diesem Imperium auch gleich in die Provinzen gewandert [80]).

offenbar Befugnisse des prätorischen Imperiums ausübte] in raubsüchtiger Absicht hereditatum possessiones gegeben und eripirt habe. Drumann Geschichte Roms I. S. 73. 74.

79) Insoweit ist die Hindeutung Hugo's auf das Peregrinenrecht richtig. Nur freilich wird man daraus nie ein Moment zur Erklärung der Entstehung des ganzen Instituts der bonorum possessio machen können. Vgl. darüber meine Bon. Poss. I. Einl. S. XXVII f.

80) So als ein in der Hand des Provinzialstatthalters durch die Provinzen sich verbreitendes Institut mußte dasselbe speciell in seiner Verwendung für Intestaterbfolge (und Notherbenrecht) nothwendig mit dem Ge-

22. Das Resultat der bis jetzt gegebenen Entwicklung ist folgendes. Es sind in der zu Cicero's Zeit

danken verwachsen, daß es sich bei der Erbfolge nicht bloß um die specifisch römische Familie handeln dürfe, sondern daß ein erweiterter, auf rein natürlichen Voraussetzungen ruhender Familienbegriff des *ius gentium* in der bonorum possessio sein aussprechendes Organ finden müsse. Dies ist der treffend von Böcking hervorgehobene Satz (s. oben Ziff. 9. A. 25.). Man kann sagen: in der ganzen Anlage des Instituts der bon. poss., als einer aller Orten anwendbaren magistratischen Erbbesitzregulirung, lag die nothwendige Prädestination, daß es dahin streben mußte, die natürliche Cognaten-Familie des ius gentium im Erbrecht zur Geltung zu bringen. — Gegen die Benutzung dieses Momentes des ius gentium ist von Schirmer (Erbr. S. 90.) eingewendet worden, daß man in dem (rein positiven) Erbrecht gar nicht wohl von einem ius gentium reden könne. Wie soll man denn aber dies nennen, daß von den Römern mittelst der Provinzialedicte der Testamentenbegriff zu gemeinem Rechte unter den gentes des römischen Reichs gemacht wurde, daß man, soweit nicht besonderes Localrecht entgegenstand, den natürlichen Begriff der Blutsverwandtschaft als Berechtigung zum Erbbesitz in Rom wie mehr oder minder in allen Provinzen zur Anwendung brachte? Freilich blieb dabei das Erbrecht der Römer von dem der Provinzialen immer gesondert, und das römische Urbanaledict hielt natürlich auch den Satz fest, daß zwischen Römern und Peregrinen keine Erbrechtsgemeinschaft bestehe. Also die römische bonorum possessio kann nur ein civis romanus erbitten, und in Rom kann der allgemeine Cognationsbegriff nur subsidiär hinter dem der Agnation zur Anwendung kommen. — Schirmer glaubt die Anwendbarkeit der bon. poss. für die Provinzen damit auf das Entschiedenste wider-

bestehenden bonorum possessio zwei Elemente zu unterscheiden, das eine die aus einem Testamente und aus legitimem Erbrecht ertheilte, das andere die sine testamento und sine lege data. Das erstere war damals im Edict genau formulirt, in einer Weise, die die Grundlage für das durch die classische Zeit bis in's Corpus Juris fortentwickelte Recht geblieben ist; es wird ausdrücklich von Cicero als von jeher, seitdem überhaupt das prätorische Edict über diese Dinge Bestimmungen getroffen hat, bestehend angegeben (posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus, — omnes antea ius ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse, — hoc translaticium est, sequi illud oportet). Das letztere Element dagegen ist nach den aus der Ciceronischen Zeit vorhandenen Nachrichten ein nur erst in sehr allgemeinen Zügen fixirtes, über dessen genauere Entstehungszeit wir nichts weiter wissen, von dem aber (eben wegen seiner geringen Entwickelung) die Annahme innere Wahrscheinlichkeit hat, daß es damals noch nicht so lange in Uebung gewesen sei, um in der Praxis der Prätoren bereits zu festen Gestaltungen haben gelangen zu können.

legt zu haben, daß das römische Erbbesitzedict sich so eng an die hereditas anschloß, Suität und Agnation anerkannte, und daß danach einzig der römische Bürger vermittelst der b. p. erben und beerbt werden konnte. Dann müßte man auch annehmen, daß Cicero (ad Att. VI. 1. §. 15.) — da wo er sagt, daß man nicht wohl ein Provinzialedict ohne Feststellung der bonorum possessio machen könne (quod sine edicto satis commode transigi non potest) — bei solcher bonorum possessio nur die in der Provinz erbenden und zu beerbenden Römer im Auge gehabt habe!

Jedenfalls ist sicher nachgewiesen, daß in seinem Gebiete die Cognaten damals bereits zur bonorum possessio gelangten.

Für beide Elemente — später nannte man das erstere, gegenüber den immer mehr anwachsenden rein prätorischen Klassen der bonorum possessio, die confirmandi iuris civilis gratia constituta bonorum possessio [81]), — wird nun aber in den Quellen keinerlei Moment angeführt, als wenn sie Dinge verschiedenen Wesens seien. Im Gegentheil, die Römer behandeln immer alle Theile der bonorum possessio als unter demselben Begriff stehend. Für diesen Begriff ist offenbar das entscheidende Wort der Ausdruck des Edicts: *possessionem dabo* [82]). Betrachten wir von dem bis jetzt gewonnenen Standpunkte aus, was jedenfalls in diesem Ausdruck enthalten ist.

Die bonorum possessio ist eine prätorische Besitzregulirung. Der Prätor hat ja auch durch sonstige Besitzregulirungen neue Rechtsinstitute geschaffen; aber diese hier in Frage stehende heben die Römer ganz

81) Aehnlich ist auch der Sinn der Ciceronischen Worte Verr. II. 3. §. 16: scio te edicto tuo possessiones hereditatum .... *a legibus* ad libidinem tuam transtulisse.

82) Bei der concreten Ertheilung ist in der früheren Zeit freilich keine eigentliche Solennität, wohl aber eine genau formulirte Erbittung Vorschrift gewesen. Theophilus ad J. de bon. poss. §. 10. (necesse erat ad Praetorem abire et specialiter dicere: „da mihi illam bonorum possessionem"). — Nur diese formulirte Erbittung meinen Diocletian und Maximian mit den Ausdrücken l. 1. C. Commun. de succ. 6. 59: si *solemniter* petierint bonorum possessionem; l. 2. C. eod.: *solemniter* bonorum possessione admissa.

besonders als ein eigenes Stück des prätorischen Imperiums hervor.

fr. 1. de iurisd. 2. 1. (Ulp.): Jus dicentis officium latissimum est: *nam et bonorum possessionem dare* et in possessionem mittere, rel.

fr. 3. eod. (Ulp.): mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest. *quod in danda bonorum possessione consistit.*

Diese von dem prätorischen Imperium ausgegangene Besitzregulirung bezeichnen die classischen Juristen als ein besonderes Beneficium für den, der sie empfängt.

Ulpian. XXVIII. 12,: heredis loco constituuntur *beneficio Praetoris.*

Gaius III. 34.: quibus casibus *beneficium* in eo solo videtur aliquam utilitatem habere.

Collatio XVI. 5. 1. (Ulp.): Ab intestato quoque hereditas defertur aut per ius civile *aut per praetoris beneficium.*

Fr. 6. §. 1. h. t. (Paul.): Bonorum possessionis *beneficium multiplex* est.

Fr. 8. pr. de stip. praet. 46. 5. (Papin.): Paulus notat: qui sub conditione institutus est, *agnita bonorum possessione* cogitur substituto in diem cavere longiorem. *Praetor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum* [83]).

83) Vgl. auch noch fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. 37. 4.: „bonorum possessionis beneficium“ fr. 5. eod.: „commodum bonorum possessionis“; fr. 8. de collat. bon. 37. 6. „beneficium bonorum possessionis“; fr. 11. de Carb. ed. 37. 10: „beneficio Praetoris“; fr. 30. de bon. lib. 38. 2: „beneficium bonorum possessionis“; l. un. C. quando non petent. part. 6. 10. (Gordian. 244.) „beneficium edicti perpetui“; — fr. 2. de succ.

Diese Besitzzutheilung wird deutlich in einen gewissen Gegensatz zum „lege agere", oder überhaupt zu der petitorischen Verfolgung des Erbrechts („nec petitionem nec possessionem dabo") gebracht. Der Prätor weist, in Folge der in seinem Imperium gegebenen großen Machtfreiheit, den Erben nicht lediglich auf die hereditatis petitio und schützt nicht einstweilen den factischen Besitzer in diesem seinem Besitz (er fragt also nicht *uter* possessor sit, wie bei den einzelnen Sachen); sondern umgekehrt er giebt demjenigen, der sich auf Civilrecht stützt, damit dieser nicht gleich oder gar nicht zur hereditatis petitio zu greifen brauche, den Besitz; d. h. er verhilft ihm durch die datio possessionis und die daran sich knüpfenden Rechtsmittel zur factischen Herrschaft in den Erbschaftsangelegenheiten. Die Behandlung der Besitzfrage bei dem Sachbesitz und die hier beim Erbbesitz sind also gerade entgegengesetzt. Dort ist possessio *separata* a proprietate, es kommt zum Schutze der rei possessio gar nicht auf eine Legitimirung aus dem Eigenthum heraus, sondern nur auf das factische Haben (corpus und animus) an, also die Frage: *uter* possessor *sit* entscheidet (Gai. IV. 148). Hier aber bei der hereditatis possessio ist der Besitzschutz auf das ius heredis, auf petitorische Legitimirung gestützt (utrum possessorem esse *oporteat*). Der Prätor, wo diese Legitimirung vorliegt

ed. 38. 9: „beneficium edicti successorii". — Eine Folgerung hieraus: l. 5. C. unde legit. 6. 15. (Diocl. et Max.): defuncti vero cognati *succedere nolentes* petere bonorum possessionem *non urgentur*. fr. 3. §. 3. h. t. (Ulp.): *Invito* autem *nemini* bonorum possessio acquiritur. fr. 69. 156. §. 4. de reg. iur. 50. 17.

oder vorausgesetzt wird, dat possessionem, und gewährt damit die Möglichkeit, dem factischen Erbschaftsbesitzer die Stücke der Erbschaft abzuholen. Damit wird hier die Möglichkeit *adipiscendae* possessionis gegeben, die wegen jener anderen Behandlung beim Sachbesitz gar nicht so eintreten kann. Die hereditatis possessio ist also kurz: eine possessorische Erbklassenregulirung oder die Regulirung der Erbbesitzfrage auf der Basis der civilrechtlichen Erbklassen.

Dieser Grundgedanke (Besitzregulirung auf der Basis rechtlicher Legitimirung[84]) ist denn auch festgehalten bei der sine testamento und sine lege ertheilten hereditatis possessio; nur daß hier natürlich keine Legitimirung auf Grund von Civilerbrecht möglich ist, sondern lediglich eine Legitimirung auf Grund der *aequitas*, also insbesondere factisch-naher Beziehung zum Erblasser (Cognation, Ehe), wobei dann die Frage zu entscheiden ist, wem von Mehren den Besitz zuzutheilen *aequis aequissimumve* sei.

Das Institut der hereditatis possessio enthält also überhaupt, — im Gegensatz zu der rei possessio, die eine Besitzregulirung auf der Grundlage des rein formalen causalosen Habens war, — eine Besitzregulirung auf der materiellen Grundlage von Rechtfertigungsmomenten des Civilrechts oder der Aequität. Man wird hereditatis possessor, weil man testamento se *he-*

84) Diese Legitimirung bildet natürlich auch dann die Basis, wenn sie nicht vor dem Prätor gleich bei der Erbittung der bonorum possessio, sondern erst hinterdrein bei dem auf Grund der erbetenen bonorum possessio anzustellenden Rechtsmittel erbracht werden muß.

redem esse arbitratur und die tabulae testamenti wirklich vorlegt, weil die *hereditas* ad gentem (u. s. w.) venit, weil man Cognat des Erblassers ist. Hiebei ist es eine noch völlig offene Frage, ob nach dem A. 84. angegebenen Unterschiede diese Rechtfertigungsgründe anfangs — und zwar namentlich in Betreff der auf Grund der Aequität der cognatischen Beziehungen u. dergl. nachgesuchten bonorum possessio — gleich von dem Prätor durch causae cognitio entschieden worden sind, oder ob sie (und zwar namentlich seit der vollen Fixirung der einzelnen Klassen) erst bei den durch die ertheilte bonorum possessio begründeten Schutzmitteln vor dem iudex zu constatiren waren. Der Begriff, daß es sich hier um materiell legitimirten Besitz handelt, bleibt unter beiden Eventualitäten derselbe.

23. Die weitere Frage ist, auf was die prätorische Besitzertheilung gerichtet war. Die Worte des Edicts beziehen sich nicht auf die einzelnen Sachen (die corpora hereditaria), sondern sie sagen im ersten Absatz, daß *secundum* tabulas testamenti der Prätor possessionem dat. Die Erbeseinsetzung des Testaments ist aber auf die Universalsuccession gerichtet; wenn daher „secundum“ dieser Erbeinsetzung die bonorum possessio ertheilt wird, so muß das dare der possessio auf die ganze Erbenstellung gehen. Auf dasselbe Resultat führt die Fassung des zweiten Absatzes. Wer im Fall der Nichtexistenz eines Testaments der *heres* (ab intestato) sein würde, *secundum eum* wird die possessio ertheilt. Es handelt sich also um eine Besitzertheilung in Betreff der ganzen Erbenstellung.

Es führt uns hienach das prätorische Edict der Cice-

ronischen Zeit auf Ebendasselbe [85]), was auch die Labeo'sche Definition der bonorum possessio in dem fr. 3. §. 1. h. t. ergiebt. Und in der That wäre es ja auch schwer denkbar, daß in der kurzen Zeit zwischen Cicero und Labeo eine Umwerfung des Grundbegriffs hätte erfolgen können. Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; ***est enim iuris magis quam corporis possessio***; denique et si nihil corporale sit ***in hereditate***, attamen recte eius bonorum possessionem agnitam Labeo ait. Offenbar müssen wir nach dem Edicte schon zu Cicero's Zeit ganz dieselbe Antwort geben. Auch wenn nichts corporale in der hereditas war, so war, da die Bestimmung des Prätors nicht auf die corpora gerichtet ist, sondern lautet: possessionem do secundum testamentum, secundum legitimum heredem, die Agnition doch immer eine gültige. So wie schon in früherer Zeit die universitas selbst, das ius heredis, durch pro herede usucapio velut ersitzbar war (s. unten das Genauere Ziff. 38.), so hat hier das prätorische Imperium sich für befugt erachtet, die possessio dieses ius zu verleihen. Cicero bezeugt aber ausdrücklich, so wie die angeführten Klassen der bonorum possessio zu seiner Zeit bestanden, so seien sie seit ihrer Einführung gestaltet gewesen. Wir haben also anzunehmen, daß als Object der ***hereditatis possessio*** von jeher das ***ius heredis***, die Universalsuccession, das ***praetorio iure succedere in locum defuncti*** [86]), gewesen ist.

85) Ueber diesen Punkt wird unten Ziffer 86 eine noch genauere Beweisführung zu geben sein.

86) Gai. IV. 34. „cum enim *praetorio iure* sed non legitimo *succedat in locum defuncti.*“

Cicero gebraucht, wie wir gesehen haben, sowohl den Ausdruck: *hereditatis* possessio wie den ***bonorum*** possessio; ganz ebenso auch Labeo [87]). Dies beweist, daß hier bona (was an sich sprachlich nicht nothwendig wäre) ganz in demselben Sinn genommen worden ist.

Dies wird uns denn auch ausdrücklich von Ulpian in fr. 3. pr. h. t. bestätigt: bona autem ***hic ut plerumque solemus dicere,*** ita accipienda sunt, ***universitatis cuiusque successionem*** qua succeditur ***in ius*** demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum. Nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, ***in hoc loco*** proprie bona appellabuntur.

Der Ursprung dieser „in hoc loco“ [88]) festgestellten Bedeutung ist wohl folgendermaßen zu erklären. Der Prätor hat gewiß von Anfang an (denn dies Rechtsmittel hat sicher von jeher denselben Namen getragen) für das aus der bonorum possessio hervorgehende Rechtsmittel Quorum bonorum im Edict die Worte gesetzt: ***quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est.*** Daraus war mit Zweifellosigkeit zu entnehmen, daß der Prätor in diesem caput de ***hereditatum*** possessionibus die beiden Ausdrücke hereditas und bona gleichbedeutend behandle [89]). Daher denn

87) Ueber den Text der Stelle s. unten Ziffer 63. A. 87.

88) Vgl. im Gegensatz z. B. fr. 5. §. 6. ut in poss. legator. 36. 4.: Bonorum autem appellatione hae res comprehensae videbuntur, *quarum proprietas ad heredem pertinet.* S. unten Ziff. 63. A. 85.

89) Vgl. auch Gai. IV. 144. quod quisque *ex his bonis quorum possessio alicui data est.* — Schirmer

auch der allgemeine Sprachgebrauch (ut plerumque solemus dicere). In der Kaiserzeit ist dann, unter den classischen Juristen und später, der Ausdruck bonorum possessio der überwiegende geworden.

24. Die eben entwickelte Ansicht, daß das Object der bonorum possessio von jeher das *ius* oder

Erbr. S. 94. sagt richtig, die bonorum possessio könne „schon ihrem Namen nach" (weil promiscue hereditatis und bonorum possessio gesagt werde a. a. O. A. 29.) immer nur eine Besitzeinweisung in das Vermögen als Ganzes gewesen sein, und es zeige sich nirgends eine Spur, wonach wir vermuthen dürften, sie sei „jemals etwas Anderes als eine Universalsuccession" gewesen. Danach scheine es doch wohl natürlicher, ihr gleich bei ihrem Entstehen einen erbrechtlichen Charakter beizulegen." — Auf S. 73. aber erklärt er, die b. p. sei „anfänglich eine bloße Besitzeinweisung in den Nachlaß gewesen", und controvertirt gegen meine (Bon. Poss. I. p. XXV. [XXXI.] gemachte) Bemerkung, daß sich nicht aus der bloßen Besitzeinweisung der Begriff eines wahren Erbrechts, einer wahren Universalsuccession, habe entwickeln können. Er führt gegen mich zwei Gründe an. Einerseits die pro herede usucapio, welche in ihrer älteren Gestalt in der Bemächtigung des Nachlasses eine Bemächtigung des universum ius anerkenne. Andererseits „führe der Name des ganzen Instituts doch wohl auch mit Nothwendigkeit" auf die Annahme einer anfänglichen bloßen Besitzeinweisung. Er fährt fort: „Uebrigens liegt darin ein Doppeltes ausgesprochen: Daß anfänglich weder der Prätor selbst in der bonorum possessio ein Erbrecht erblickte, noch daß sie vom Standpunkte des Civilrechts aus für mehr als eine thatsächliche Besitzregulirung gelten konnte."

die ***universitatis successio*** gewesen sei, steht der Anschauung der Meisten, die über die Entstehung unseres Instituts Vermuthungen aufgestellt haben, entgegen. Man nimmt in verschiedenen Nuancirungen (über das Einzelne später Genaueres) gewöhnlich an, daß der Anfang der bonorum possessio ein kleinerer gewesen sei; daß dieselbe sich zunächst nur auf die corpora hereditaria bezogen habe (sei es gleich mit Zutheilung des juristischen Besitzes, sei es gar nur anfangs als eine missio in bona). Erst in allmäliger Erstarkung habe das Institut sich zum Begriff der Universalsuccession aufgeschwungen. Der nächste Beweisgrund hiefür, abgesehen von anderen mit der besonderen Theorie über die Entstehung des Instituts zusammenhängenden Gründen, liegt im Interdictum quorum bonorum. Man glaubt (und gewiß mit Recht) dies Rechtsmittel sicher den ältesten Bestandtheilen des Instituts der bonorum possessio beizählen zu dürfen. Das Interdict geht aber ganz entschieden nur auf die corpora hereditaria. Also liegt der Schluß nahe, daß die corpora hereditaria ursprünglich das alleinige Object der bonorum possessio waren, dieselbe also noch keine Universalsuccession enthielt. Dies scheint denn auch, wenn nach dem Bisherigen die Civilklassen für den ältesten Bestandtheil der bonorum possessio zu halten sind, Gaius in dem ohne Zweifel dem §. 1. I. de b. p. entsprechenden III. 34. zu bestätigen. Nachdem Gaius vorher gewiß von der bonorum possessio aus einem recte factum testamentum geredet hat, fährt er folgendermaßen fort: item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat: quibus casibus ***beneficium in eo solo videtur aliquam utilitatem habere***, ***quod is*** qui ita bonorum posses-

sionem petit, *interdicto* cuius principium est Quorum bonorum *uti possit:* cuius interdicti quae sit utilitas suo loco proponemus: *alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili* [90]).

Um dies richtig zu verstehen, ist es nöthig, rücksichtlich der aus der bonorum possessio hervorgehenden Rechtsmittel über das Gebiet der bonorum possessio hinaus auf verwandte Institute den Blick zu werfen. —

Wenn die Römer die bonorum possessio nach ihrem Grundwesen und in Vergleich zu anderen Instituten charakterisiren wollen, so bezeichnen sie dies so: der Prätor kann freilich keine heredes machen (Gai. III. 32), aber die bonorum possessio ist doch eine der *hereditas* gleichartige Universalsuccession, und steht in dieser Hinsicht auf gleicher Stufe mit der *bonorum venditio* und *bonorum sectio* [91]). Gai. II. 98. Gai. III. 77. 78. in fin. 80. 81 [92]).

90) Dasselbe sagt auch, unter Berichtigung der Lesart, Collat. XVI. 3. §. 5: Qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur ut furiosi aut infantes et peregrinantes: quibus bonorum possessio *nisi* propter praetoriam actionem non erit necessaria. Ueber die Nothwendigkeit der Lesung des nisi s. meine Bon. Poss. I. S. 100. A. 2. — Unter praetoria actio (vgl. fr. 37. pr. de o & a 44. 7.: interdicta quoque actionis verbo continentur) ist zweifellos das Interdictum quorum bonorum zu verstehen.

91) Deßhalb stellt denn auch Cicero für das Provinzialedict Beides zusammen: ad Att. 6. 1: alterum quod sine edicto satis commode cit. (Ziffer 11).

92) Die bei Gaius II. 98. noch erwähnten Universalsuccessionen der arrogatio und in manum conventio werden dann III. 82. als successiones quae neque lege XII.

Diese juristisch gleichartige Stellung (similitas) tritt nun in den diesen Personen gegebenen Schutzmitteln mit voller Deutlichkeit hervor.

Zunächst der Interdictenschutz:

Für die bonorum possessio besteht das Interdictum quorum bonorum. Gai. IV. 144. Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est quorum bonorum — — —, ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.

Für den bonorum emtor ist das Interdictum possessorium gegeben: Gai. IV. 145. Bonorum *quoque* emptori *similiter* proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant.

Für den bonorum sector hat der Prätor das Interdictum sectorium aufgestellt: Gai. IV. 146: *Item* ei qui publice [H.; publica: C.] bona emerit, *eiusdem condicionis interdictum* proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur, qui publice bona mercantur.

Offenbar behandelt Gaius alle drei Interdicte als ganz gleichartige.

Neben diesen Interdicten stehen nun auch noch actiones.

Für den bonorum possessor: fictitiae, activ und passiv, in rem und in personam (Gai. IV. 34).

tab. neque praetoris edicto, sed eo iure quod consensu receptum est introductae bezeichnet, woran sich noch III. 85—87. die in iur. cessio der hereditas reiht.

Für den bonorum emtor bestehen zwei verschiedene Arten von formulae: die Rutiliana und die *Serviana*[93]), (Gai. IV. 35.); letztere denen des bonorum possessor gleichartig construirt, *similiter* et bonorum emptor ficto se herede agit. Beide ficticische Klagformen, wenn sie obligatorisch sind, werden von Gaius (III. 81.) für den bonorum possessor wie den emtor zusammengefaßt[94]).

Es entsteht nun die Frage, wie rücksichtlich der *actiones* der *bonorum sector* steht? Erwähnt ihn Gaius nur nicht besonders, weil er dem bonorum emtor ganz gleich steht, oder liegt bei ihm die Sache anders?

Gewiß muß man das Letztere sagen. Die bono-

93) Rudorff R.G. II. S. 296. A. 8.

94) Aus der Art, wie die Classiker die bonorum possessio und bonorum emtio zusammenstellen, ergiebt sich, daß sie immer die *bonorum possessio* als das Vorbildliche auffassen, nach der sich dann die bonorum emtio analogisch richtet. So sagt Gaius III. 81: Item quae debita sunt ei cuius fuerant bona aut ipse debuit, neque *bonorum possessor* neque *bonorum emtor* ipso iure debet aut ipsis debentur. So stellt Cic. ad. Att. VI. 1. (s. oben Ziff. 11.) die bonorum possessio der bonorum venditio voran: „de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis .. vendendis.“ So sagt Gaius vom Interdictum possessorium, es sei „similiter“ proponirt wie das Interdictum quorum bonorum, es klage mit ficticischen Klagen der emtor similiter wie der bon. possessor. Wir werden daraus den Schluß ziehen dürfen, daß die bonorum possessio die ältere prätorische Universalsuccession war, an die man dann die bonorum emtio in ihrem juristischen Bau angelehnt hat.

rum sectio ist bis in die ältesten Zeiten zurückzuführen, sie ist eine auf der alten Sacertät oder besonderen Gesetzen ruhende Universalsuccession[95]). Die Klagen gehen also als directe über[96]); für die Construction von ficticischen Klagen oder von actiones mit Condemnationsconversion ist hier kein Boden. Dagegen zum Zweck der Erlangung der corpora ist ein zusammenfassendes vom prätorischen Imperium ausgehendes Rechtsmittel wünschenswerth, und die Einführung dieses Interdictum sectorium wird man schon von recht frühen Zeiten her datiren dürfen.

Wir haben hier also eine civilrechtliche Universalsuccession, der von prätorischen besonderen Schutzmitteln nur das Interdictum sectorium zur Seite steht.

Anders dagegen mußte es bei der bonorum emtio stehen, die eine eigene rein prätorische Universalsuccession ist. Hier mußten außer dem Interdict besondere Klagformen construirt werden in Betreff der actiones.

Die bonorum possessio steht nun offenbar ganz gleichartig, wie diese beiden Institute zusammen genommen. Agnoscirte ein heres, so hatte er ja die directen actiones, also hier trat für ihn als von Nutzen nur das Interdictum quorum bonorum hervor, gleichartig wie bei der bonorum sectio. Gerade dies sagt Gaius III. 34.[96a]). Agnoscirte aber ein non heres, so wa-

95) Savigny Verm. Schr. I. S. 167. n. 1. Bruns in den symbolae Bethm.-Hollw. oblatae (1868) S. 63—66. (gegen Rudorff).

96) Ebenso gehen direct über die Sachen, die Gai. III. 80. zu erwähnen scheint. Varro de re rust. II. 10: dominium legitimum sex fere res perficiunt . . . tumve cum *in bonis sectioneve cuius publice venit.*

96a) Auf dasselbe Resultat führt auch Gai. IV. 34: ficto

ren neben dem Interdictum noch fictitiae actiones nöthig, gleichartig wie bei der bonorum emtio.

Wir werden also die *fictitiae actiones* der Zeit zuzuschreiben haben, wo die *bonorum possessio* einem *non heres* gegeben wurde.

25. Wir kommen hiemit auf die Frage vom *successorium edictum*, die ich zunächst in ganz kurzen Zügen zusammenstelle.

Daß das Bestehen eines successorium edictum auf die Ciceronische Edictsstelle: uti *proximum* quemque potissimum heredem esse oporteret zu stützen sei [97]), ist allerdings ein Irrthum, auf eine falsche Lesart gebaut.

Auch kann ohne das proximum der ganze Conditionalsatz nicht doch noch in gleichem Sinn verstanden werden. Denn er hängt von dem folgenden: si is intestatus mortuus esset (das den Gegensatz zur Nichtprolation der Tabulae bildet) ab [98]).

se herede agit: cum enim praetorio iure *set non legitimo* succedat in locum defuncti, *non habet directas actiones*, womit nothwendig auch der umgekehrte Satz ausgesprochen ist: cum praetorio iure et legitimo succedat, habet directas actiones. — Ich folge hier der Böcking'schen Lesung: set.

97) Meine Bon. Poss. I. S. 138. 139; — s. oben Ziffer 20 Nr. 3.

98) Hierin irrt Janssonius l. c. p. 83., welcher zwar zugiebt, daß nach den Gründen der Textcritik das Wort proximum schwerlich zu vertheidigen sei, aber annimmt, daß die Worte auch ohne das proximum keinen anderen Sinn bekämen, und daß also Pseudo-Asconius durch Hinzufügung des proximum die richtige Bedeutung des Satzes nur noch klarer ausgedrückt

Der Hauptgrund, weshalb in diesen Edictsworten nicht der Sinn eines successorium edictum für die Intestatklassen liegen kann, ist aber bisher, so viel ich weiß, noch nicht vorgebracht worden. Cicero sagt, in denselben Worten sei auch das Sicilische Edict verfaßt gewesen, wobei natürlich nicht die gleichen Voraussetzungen wie in Rom angenommen werden dürfen.

Es steht also fest: das prätorische Edict ruft zuerst den in den prolatae tabulae Instituirten, wenn aber nullae tabulae proferantur: den ab intestato zunächst Stehenden.

Hierin liegt nun aber schon ein gewisses succes-

habe. Danach hält denn Janssonius ganz an meiner früheren Ansicht fest, daß in diesem Satze die Aufeinanderfolge der Berufungen für die drei Civilintestatklassen ausgesprochen sei. — Es entgeht dem Janssonius, daß das uti . . . oporteret [Janssonius schreibt mit Unrecht meist oporteat] lediglich von dem si . . mortuus esset abhängt. Aehnlich wie Janssonius auch Hartmann Gött. G. A. 1861 I. S. 315. 319., dem man insbesondere das nicht einräumen kann, daß in den Worten uti quemque *heredem* esse oporteret unter dem heredem noch ein Anderer als der in concreto wirkliche heres verstanden werden könne. Freilich ist nicht die concrete Antretung des Civilerben Voraussetzung, wohl aber können jene Worte lediglich den bedeuten, der, wenn Intestaterbfolge eröffnet wäre, der nach Civilrecht Berufene sein würde. Ein später Stehender nach Civilrecht nicht Berufener (agnatus beim Vorhandensein eines suus, Gai. III. 37.) kann darunter nicht verstanden werden, da von ihm nie gesagt werden kann: *heredem* esse. Seitdem ein solcher also im ordo unde legitimi zugelassen wurde, kann dies nur auf Grund eines besonderen, jenen Worten beigefügten Edictspassus geschehen sein.

sorium edictum [98a]). Es wird ein Uebergang gemacht von der testamentarischen zur Intestatsuccession, auch wenn der testamentarische Erbe vorhanden ist [99]). Dieser, der nicht die bonorum possessio agnoscirte, kann durch die hereditatis petitio den non heres vertreiben, welcher zunächst eine rechtsgültige bonorum possessio erhalten hat, wie Cicero ausdrücklich sagt [100]). Also auf den ab intestato Nächsten geht beim Vorhandensein eines scriptus heres nicht die Delation der hereditas [1]), wohl aber der bonorum possessio [2]).

Von bestimmten Fristen ist hiebei zunächst noch nicht

98a) S. auch Hartmann Gött. G. A. 1861. I. S. 315. 319.

99) Diese ganze Frage wird unten (Ziff. 66. 67) noch genauer geprüft werden müssen.

100) Man kann also nicht mit Alibrandi l. c. p. 9. sagen: *heres* iure civili, *cui tantum* favebant Praetores in veteri edicto."

1) Fr. 1. pr. de suis et legit. 38. 16; Fr. 39. de acq. her. 29. 2; L. 8. C. Commun. de succ. 6. 59.

2) Man kann dies auch so bezeichnen: gerade so wie nach Civilrecht beim Nichtvorhandensein eines Testamentserben der Intestaterbe gerufen wird, so ruft nun auch der Prätor im Fall des Vorhandenseins aber Sich-nicht-Meldens des testamentarischen Erben den ab intestato Nächststehenden, als wenn er wirklich der heres ab intestato wäre, m. a. W. „als wie wenn in der testamentarischen Klasse Niemand vorhanden wäre." Genau so ist nun auch die Ausdrucksweise der Quellen beim successorium edictum. Ulp. XXVIII. 11.: *„perinde atque si superiores non essent"*; fr. 2. pr. de bon. lib. 38. 2.: *atque si priores ex eo numero non essent;* fr. 1. §. 10. de succ. ed. 38. 9.: *perinde* competit *ac si prior ex eo numero non fuerit.* s. unten Ziff. 67. A. 22.

die Rede, aber sie sind darum doch keineswegs ausgeschlossen, ja sogar es wäre ihr völliges Fehlen höchst verwunderlich. Das Nächstliegende war, daß der Prätor die **100** Tage der cretio adoptirte.

Jedenfalls ist also diese Art des Uebergangs von der testamentarischen zur Intestatsuccession etwas dem Civilrecht Fremdes. Ob auch weitergehend das Civilrecht ursprünglich vom weggefallenen Testamentserben keinen Uebergang zum Intestaterben gekannt habe, wie ich früher vermuthete [3]), ist eine Nebenfrage, in Betreff deren jene meine Ansicht wohl nicht so leichten Kaufs als durch Hingst widerlegt zu betrachten ist, die ich aber hier auf sich beruhen lassen kann [4]).

26. Es erhebt sich nun weiter die Frage: wenn nach dem Ciceronischen Edict der nächste Intestaterbe (quem potissimum heredem esse oporteret) keine bonorum possessio erbat, aber ein dann folgender Agnat (also als non heres) sie erbitten wollte, ob dies zulässig war?

Ohne Zweifel war dies möglich in der Klasse *sine testamento* und *sine lege* nach dem freien (hier offengelassenen) auswählenden Arbitrium des Prätors. Man wird insbesondere dabei auch in Betracht gezogen haben, ob ein solcher späterer Agnat zugleich der nächste Cognat sei [5]). Also in dem Sinn wird hier verfahren

3) Ebenso wie es ab intestato auch vom weggefallenen Nächststehenden keinen Uebergang auf den Folgenden kannte (in legitimis hereditatibus non datur successio) Gai. III. 12.

4) Vgl. Ziff. 10. A. 31.

5) S. auch Gai. III. 28.: Idem iuris (Berufung *proximitatis nomine)* est, ut quidam putant (hiermit

sein, in welchem von den Römern später die genau formulirte Cognatenklasse auch als eine Emendation der Agnatenklasse dargestellt wird [6]).

will Gaius nicht sagen, daß dieser Punkt zweifelhaft war, sondern daß er nach der Ansicht Mancher im Gegensatz zum Folgenden als der einzig zulässige Weg erschien), in eius agnati persona, qui *proximo agnato omittente hereditatem* nihilomagis iure legitimo admittitur.

6) Meine frühere Auffassung, daß man für den Ursprung der bon. poss. auch schon die Einführung einer ordinum successio unter den civilrechtlichen Intestatklassen (sui — proximus agnatus — gentiles) herbeizuziehen habe, ist aus den Quellen nicht constatirbar, aber auch für die Ursprungsfrage des Instituts nicht wesentlich. — Gegenüber dieser meiner früheren Auffassung nimmt Janssonius l. c. folgenden Standpunkt ein. Er bestreitet mir, daß das successorium edictum schon in die Anfangszeit der b. p. verlegt werden dürfe p. 51. 70—79. Man müsse das successorium edictum völlig von der Frage trennen, ob unter den civilrechtlichen Klassen eine successio der Berufung gegeben worden sei. Das successorium edictum habe der Prätor erst bei sehr erweiterter b. p. eingeführt. — Ich habe aber nie behauptet, daß das successorium edictum mit allen seinen einzelnen Vorschriften und Wirkungen bereits in die ältesten Zeiten der bon. poss. zurückdatire. Nur der eigentliche Rechtsgedanke des successorium edictum: die Gestattung der Aufeinanderfolge der Berufungen, da wo das Civilrecht sie noch nicht zuließ, ist das Wesentliche. In dieser Hinsicht ist aber für die Erklärung des Ursprungs der b. p. nur ein Minus erforderlich und aus den Quellen nachweisbar, als ich in meinem früheren Werke aufgestellt hatte,

Jedenfalls findet sich diese Klasse **hinter** die testamentarische und legitime gestellt. Also auch hier wird es sich haben ereignen können, daß man die testamentarische oder legitime Klasse als nichtvorhanden annahm und daher sine lege die bonorum possessio gab, und daß dann hinterdrein noch ein heres mit der hereditatis petitio auftrat, der die bonorum possessio zu nichte machte[6a]). Auch hier haben wir demnach die Möglichkeit eines vorhandenen, nur nicht zum Prätor gekommenen heres. Die Zulassung zur folgenden Klasse hängt eben nicht davon ab, **daß es sicher sei**, die vorige Klasse existire nicht, sondern nur von dem Nichterscheinen derselben vor dem Prätor.

Ob bereits zu Cicero's Zeit eine bestimmte Frist bestand, nach deren Ablauf die b. p. sine testamento und sine lege zugelassen wurde, ist nicht zu constatiren.

Jedenfalls sehen wir, daß (und zwar, rücksichtlich der Stellung der testamentarischen Klasse zur legitimen, nach dem directen Wortlaute des Edicts) das successorium edictum zu Cicero's Zeit schon vollständig bestand. Denn nicht in bestimmten festgestellten Fristen (was vielmehr zunächst noch dem prätorischen Arbitrium überlassen geblieben sein kann), sondern darin liegt der eigenthümliche Rechtsgedanke des successorium edictum, daß man die Civilklassen unter bestimmten Voraussetz-

und als auch Janssonius mir folgend acceptirt. Vgl. oben Ziff. 20. A. 65.

6a) In der oben Ziff. 19. erläuterten Erzählung des **Valerius Maximus** liegt, daß, abgesehen von besonderen Gründen die den Prätor bewogen das lege agere nicht zu dulden, im Uebrigen de iure dasselbe begründet war.

ungen so hinter einander stellt, daß der ersten Klasse, obgleich sie möglicherweise vorhanden ist, (si non proferentur) die folgende Klasse nachgeschoben wird. Also Berufung des Folgenden auch beim Vorhandensein des Vorstehenden.

Diese Stellung der testamentarischen zur legitimen Klasse ist nach Cicero's bestimmten Worten so alt wie die bonorum possessio [7]); sie ist ein neuer Rechtsgedanke und eine Emendation des Civilrechts. In dieser Hinsicht trifft also vollständig das Wort der Institutionen zu, im Pr. J. de b. p.: introductum est a praetore *emendandi* veteris iuris gratia" (Ziff. 2).

Und wenn das successorium edictum auch nur erst in diesem engeren Umfange bestanden hat, so paßt darauf doch schon vollständig das allerdings die Sache vom Standpunkte seiner eigenen Zeit aus darstellende, aber doch auch für die frühere Zeit zutreffende fr. 1. pr. de success. ed. [8]).

7) Cicero hebt außer jenen drei Stellen, worin die Klassen als von jeher bestehende bezeichnet werden (s. Ziffer 22 im Anf.), noch besonders auch diese Gegeneinanderstellung der Klassen, — daß nämlich bei Vorhandensein aber Nichtprolation des Testaments die Intestatklasse ein Recht auf Ertheilung der bonorum possessio habe, — als von jeher bestehendes prätorisches Recht hervor: *hoc*, opinor, *iure* et maiores nostri et nos semper usi sumus.

8) (Ulpian.): Successorium edictum *idcirco propositum est*, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret. E re igitur praetor putavit *praestituere tempus his*,

27. Vorher wurde gesagt, daß die fictitiae actiones der Zeit zuzuschreiben sind, wo die bonorum possessio einem non heres gegeben wurde. Wir müssen nun nach Ziffer 25 sagen, daß dies so alt ist, wie die bonorum possessio selbst, denn nach dem von Cicero mitgetheilten Edict kann der iure civili ab intestato Nächststehende (ein non heres) die bonorum possessio erhalten, und die hereditatis petitio des scriptus heres zu erwarten haben; und dem sine testamento und sine lege zur bonorum possessio Gelangten kann ebenfalls noch die hereditatis petitio des scriptus oder legitimus heres bevorstehen (b. p. sine re). Wir müssen also die *fictitiae actiones* für einen Urbestandtheil der *bonorum possessio* erklären[9]), so gut wie den Begriff der b. p. sine re. Die Fiction ist auch in Betreff der Stellung der zwei Civilklassen zu einander ausdrücklich im Edict ausgesprochen: Uti quemque potissimum heredem esse *oporteret*, si intestatus mortuus *esset* bedeutet, daß der Prätor hier an Jemanden eine bonorum possessio giebt, auch wenn er nicht heres ist, und daß er ihn dabei so stellt, als wenn der Erblasser intestatus gestorben wäre, m. a. W. *si heres esset.* Also er fingirt ihn

quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto. s. im Uebrigen unten Ziffer 66—69.

9) Meine Bon. Poss. I. S. 324.

als *heres*[10]) und damit sind die fictitiae actiones

10) Dieser Ausdruck des Edicts: uti *heredem* esse *oporteret* si intestatus mortuus *esset*, bedeutet mithin ganz dasselbe, als was die Juristen (Ziff. 25. A. 2.) in traditionell feststehender Ausdrucksweise mit den Worten bezeichnen: „*perinde atque si superior ex eo numero non esset*", d. h. wenn der testamentarische heres sich nicht meldet, so wird, auch wenn er vorhanden ist, fingirt, er wäre nicht vorhanden, und an Stelle desselben dem ab intestato Nächststehenden, als wenn er der *heres* wäre (uti heredem esse oporteret), die possessio gegeben. — Dieser gerade ein Hauptstück vom Grundwesen der bon. poss. ausmachende Punkt wird völlig verkannt von Schirmer Erbr. S. 96. Er meint, in dem zweiten Absatz des Edicts könne nicht die bon. poss. unde legitimi gemeint sein, denn „es heißt si is intestatus mortuus *esset*, also in Wirklichkeit war der Erblasser nicht ohne Testament verstorben." Also Schirmer erkennt gar nicht, daß, wenn kein Testament proferirt wird, der Prätor nun den ab intestato Nächststehenden, gleichviel ob ein Testament in Wirklichkeit vorhanden ist oder nicht, ruft, „als wie wenn er der *heres* wäre" also als fingirten heres. Schirmer kommt auf den sonderbaren Gedanken, in dem zweiten Absatz des Edicts habe der Prätor nur das Verfahren für den Fall des nicht vorgelegten Testaments besprochen, und hierauf sei dann noch ein Passus über die wirkliche Intestaterbfolge, eingeleitet mit si tabulae testamenti nullae extabunt, gefolgt, was sich noch aus Cicero's Worten „eius testamentum erat *nullum* — quod tum non *extaret* erkennen lasse. — Abgesehen von allem Anderen, was sich hiergegen einwenden läßt, wird diese Vermuthung schon dadurch widerlegt, daß Cicero trotz des „*nullum* testamentum" die gens Minucia als *heres* ab intestato für

unmittelbar gegeben [11]). Die bonorum possessio aber muß danach von Anfang an auf den Begriff der Universalsuccession gebaut gewesen sein.

Wir können in dieser Gestalt die bonorum possessio uns als lange vor Cicero bestehend denken.

Insbesondere kann und wird sie schon lange vor der bonorum venditio (636.) bestanden haben. Daß diese von Rutilius eingeführt wurde, scheint doch nicht so ganz festgestellt gewesen zu sein; man kann sich auch denken, daß nur ein Stück derselben von Rutilius eingeführt wurde, wobei verschiedene Auffassungen möglich blieben darüber, wo nun der eigentliche Anfang des Instituts zu setzen sei. Gaius sagt nämlich IV. 35. zunächst, daß der bonorum emtor gleichartige fictitiae actiones habe, wie der bonorum possessor: similiter et bonorum emtor ficto se herede agit. Sodann

tralaciciſch zur bonorum possessio berechtigt erklärt: nicht aus dem von Schirmer vermutheten besonderen Passus über die Intestaterbfolge, sondern gerade auf Grund jenes mitgetheilten zweiten Absatzes, welcher im Fall der Nichtprolation eines Testaments den ab intestato Nächsten unter der Annahme einer Fiction beruft.

11) Vgl. über vielfache Verwendung der Fictionen: zur Beiseitrückung der legis actiones um die Zeit der lex Aebutia: Rudorff R.G. II. §. 27 A. 1; Fiction sirempse lex: Rudorff S. 135; auch die Pauliana actio ist eine dingliche Fictionsklage: Rudorff II. §. 91; Uebertreibung schon des Gebrauchs der Fictionen bei Verres: Rudorff I. §. 61 A. 17; ferner Fiction der Freiheit von Sklaven, die sich einer noxa schuldig machen, Rudorff II. §. 48. A. 21. — Ueber die Fiction in der 5ten Klasse des Scävola'schen Pontificaledicts: proinde quasi eam pecuniam ceperit s. unten Ziffer 41.

kommt er auf die Klagen mit Condemnationsconversion, von denen er sagt, daß sie bisweilen zur Anwendung kommen: set *interdum* et alio modo agere solet: nam ex persona eius cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut quod illius esset vel illi dare (dari) oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur. Diese nur bisweilen zur Anwendung kommende Klage mit Condemnationsconversion heißt die Rutilianische. Sie ist also sicher von Rutilius eingeführt worden, über dessen Autorschaft rücksichtlich der ganzen bonorum venditio Gaius sich nur zweifelnd ausdrückt: quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, *qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur*, comparata est. Dagegen die der bonorum possessio nachgebildete ficticische Klagart heißt, gegenüber jener nur interdum zur Anwendung kommenden Rutilianischen Formel, die Servianische: superior autem species actionis qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur; und vielleicht ist diese schon sehr bald nach der Rutilianischen Formel durch Servius Sulpicius Galba (Consul 646.) eingeführt worden [12]).

Gegenüber diesem Zusammenhang der bonorum possessio mit der bonorum venditio: daß nämlich erstere als prätorische Universalsuccession nach dem deutlichen Hinweis der Quellen das Vorbild der letzteren gewesen ist, — daß diese prätorische auch an non heredes ertheilte Universalsuccession ohne die Annahme von ficticischen Klagen nicht denkbar erscheint, — daß diese Fiction aber

12) Weiter auf die Bedeutung dieser Klagen für die bonorum emtio gehe ich hier nicht ein.

auch schon in dem sicher bis in die Anfangszeit zurückreichenden Edict in Betreff des zur bonorum possessio gerufenen non heres wirklich vorliegt (uti *heredem* esse *oporteret, si intestatus mortuus esset)*, — gegenüber dieser wirklichen Quellensachlage sind die Ansichten, die der bonorum possessio erst einen längeren Bestand als bloße Besitzeinweisung (oder gar nur missio) in die corpora hereditaria zuweisen, und daraus erst „allmälig“ „immer mehr“ u. s. w. eine Universalsuccession mit fictitiae actiones hervorwachsen lassen, in der That ohne allen Quellenanhalt.

§. 1598 b.

Zusammenhang der bonorum possessio mit dem Proceßregulirungsverfahren.

28. Die bonorum possessio, die ihrem Grundgedanken nach eine magistratische Erbklassenregulirung war, muß nothwendig in einem gewissen Zusammenhang mit der Frage stehen, wie und von wem die definitive hereditatis petitio anzustellen ist. Die hereditatis petitio ist eine in rem actio; die in rem actiones als vindicationes sind gegen den Besitzer anzustellen und die Besitzfrage während des Processes ist für sie eine Sache von Wichtigkeit. Jede Feststellung über den Besitz also, die die bonorum possessio unter allen Umständen enthält, mag man sich im Uebrigen ihren Ursprung denken wie man will, muß nothwendig auf die Frage vom Petitorium zurückwirken.

§. 4. I. de Int. 4. 15.: Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, ***non potest petitoria actio institui***, ***quia et civilis et naturalis ratio facit***, ***ut alius possideat alius a possidente petat.***

Fr. 9. pr. de rei vind. 6. 1.: inspiciat an reus possideat.

Fr. 27. §. 1. eod.: possidere autem aliquis debet.

Fr. 36. pr. eod.: Qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit.

Daß dieser Satz, der für die hereditatis petitio gilt, speciell auch von der bonorum possessio influenzirt wird, beweist noch ausdrücklich fr. 62. de iudic. §. 1. inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: *esse enim debet, qui onera petitoris sustineat et qui commodo possessoris fungatur.*

Rudorff (Rechtsgeschichte II. §. 37 A. 4.) bemerkt richtig, daß diese Stelle aus der Lehre von der bonorum possessio entnommen ist (Ulp. l. 39. ad edict.); aber ihr Inhalt ist an sich nur jener vorher ausgesprochene Gedanke. Für den Satz, daß dem Prätor vielleicht schon seit der lex Aebutia gestattet worden, vorerst (also zur Einleitung des dinglichen Processes?) den Besitzstand nach Besitzrecht durch Verleihung der bonorum possessio zu ordnen, — wofür Rudorff die Stelle citirt [12a]), enthält sie keinen weiteren Anhaltspunkt.

12a) Aehnlich faßt den Ursprung der b. p. auch v. Bethmann-Hollweg Civ.-Proc. I. S. 144. Nach ihm wurde die Anwendung der gewöhnlichen Grundsätze über die Vindicienertheilung „bei der *vindicatio hereditatis*" regelmäßig durch die provisorische prätorische Maßregel „absorbirt", daß sofort nach dem Tode der Besitz des Nachlasses zur Verhütung seiner

Jener sicher anzunehmende Zusammenhang wird auch bestätigt und verdeutlicht durch die Umgebung, in der die Lehre von der bonorum possessio jedenfalls zu Cicero's Zeit (auf die spätere Zeit braucht hier nicht eingegangen zu werden) im prätorischen Edicte stand. Das Edict über die bonorum possessio ist von den Römern unzweifelhaft als ein eigener selbständiger Abschnitt des prätorischen Edicts behandelt worden. Cicero nennt es das edictum de hereditate oder das caput de hereditatum possessionibus. Aber wir sehen aus Cicero, daß es in der Nähe des (wahrscheinlich gerade vor dem) Capitel: si possessor sponsionem non faciet stand. Also es schloß sich an das caput de hereditatum possessionibus als nahe liegender Punkt gleich die Frage an, was geschehen werde, wenn man gegen den bonorum possessor per sponsionem klage [Cicero, der im Uebrigen die formula petitoria für Sicilien schon kennt, erwähnt für Rom nur die beiden Formen des lege agere und des per sponsionem agere] und wenn der possessor *sponsionem non faciet* [13]).

Weiter hängt hiemit zusammen, daß, worauf eben-

Dilapidation gewissen Personen (s. Ziff. 37. A. 48.) gleichsam als einem curator hereditatis zugesprochen wurde; natürlich „unter Vorbehalt der Vindication des wirklichen Erben, diese mogte nun gleichzeitig oder später erfolgen." Danach ist ihm denn auch (II. S. 347. A. 10.) das Interdictum quorum bonorum ein Rechtsmittel „durch welches ursprünglich nur der Besitzstand während des Erbschaftsstreites geordnet wurde."

13) Wovon die Folge Translation des Besitzes war. Rudorff R. G. II. §. 95.

falls Rudorff[14]) aufmerksam macht, noch bei Paulus (rec. sent. V. 9. 2.) die bei der Klage per sponsionem vorkommende stipulatio pro praede litis vindiciarum bei den vom bonorum possessor zu leistenden Cautionen vorgetragen wird.

29. Eine von diesem sicheren Punkte ganz zu unterscheidende Frage ist die, ob gerade aus irgend einem Moment der Erbproceßregulirung der Ursprung der bonorum possessio abzuleiten sei.

In dieser Hinsicht wird es rücksichtlich der früheren Fabricius'schen Ansicht, welche die bonorum possessio aus der Vindicienertheilung erklärt, keiner neuen widerlegenden Ausführung mehr bedürfen[15]). Wohl aber muß in dieser Hinsicht auf die neue an einen anderen Punkt der Proceßregulirung anknüpfende Theorie von Hingst genauer eingegangen werden, wobei indeß das hiegegen Vorzubringende zu einem großen Theil mittelbar auch zugleich die Ansicht von Fabricius und den mit kleinen Abweichungen sich ihm Anschließenden trifft.

Hingst (p. 110 ff.) sagt Folgendes:

1) Der Unterschied zwischen Existenz und Nichtexistenz des Instituts der bonorum possessio ist in dem von Cicero mitgetheilten Fall der, daß die gens Minucia (abgesehen von den Verrinischen Veränderungen), wenn sie mit dem Interdictum quorum bonorum gesiegt habe, die Besitzerin und Beklagte im Erbschaftsstreite gewesen sein würde, während sie beim Nichtvor-

14) Rechtsgeschichte II. 37. A. 9.

15) Huschke Richter'sche Jahrb. 1839 H. 1. Meine Bon. Poss. I. S. 126. Hingst p. 62 ff. Ad. Schmidt Form. Recht der Notherb. S. 65. A. 1.

handensein des Instituts immer hätte Klägerin sein müssen. Es sollte also, das war der Zweck des Instituts, in Rom nicht gleich *de iure* certirt werden, sondern ein Besitzstreit vorausgehen. Die bonorum possessio und das Interdictum quorum bonorum hatte also denselben Zweck, den im Eigenthum die Interdicta retinendae possessionis ausfüllten [16]. Beide stehen auch darin gleich, daß sie nicht jeden Besitz comprobiren: Ich besitze einen fundus, an dem ich mein Eigenthum nur nicht nachweisen kann. Hat mir ein Anderer denselben gewaltsam entrissen, so würde ich, wenn ich die rei vindicatio anstellen wollte, unterliegen; und weil eben der Prätor es für unbillig ansieht, daß hier der Räuber über mich den Sieg davon trage, bloß weil er eben im Besitz ist, nimmt er demselben (im Int. uti poss.) den Besitz und restituirt ihn mir dem dominus [16a]. Dasselbe bewirkt nach Hingst im Erbrechte die bonorum possessio. Sie wird demjenigen gegeben, der possessorem esse *oportet*. Also offenbar dem heres, der nur nicht gleich sein Erbrecht nachzuweisen braucht. Und nachdem dieser

16) Ebenso sagt auch Alibrandi l. c. p. 11: „Ego contra puto, interdictum quorum bonorum et dationem bonorum possessionis (quae necessario interdictum praeibat) idem praestitisse in petitione hereditatis, quod in rei vindicatione efficiebant interdicta uti possidetis et utrubi.“

16a) Hingst scheint hiernach vorauszusetzen, daß beim Int. uti poss. als Kläger der Eigenthümer supponirt werde, der nur, weil er sein Eigenthum nicht beweisen kann, mit einer anderen aushülflichen Klage versehen werde. Aber der siegende Kläger kann ja seinerseits selbst wieder Räuber von einem Dritten her sein.

(die gens Minucia) so in den Besitz mittelst des Interdictum quorum bonorum gelangt ist, können dann eben (das ist der Vortheil des tralaticischen Instituts) solche Leute wie der amicus des Verres, die mit der hereditatis petitio nicht zu siegen vermögen, gegen den bonorum possessor nichts ausrichten. Dagegen nach der Verrinischen Redaction würde der im factischen Besitz Befindliche *amicus Verris*, wenn nicht die gens Minucia sondern er die bonorum possessio erhält, durch Chikane dem heres gegenüber, der sein Erbrecht vielleicht nicht beweisen kann, obtiniren können.

2) Die Interdicta retinendae possessionis haben, ebenso wie die ihnen parallel stehende bonorum possessio mit Int. quorum bonorum, nichts mit der Vindicienertheilung des dinglichen Processes gemein und seien nicht daraus hervorgegangen. Denn da die Vindicienertheilung der vierte Act des ganzen Proceßverfahrens sei, und weil schon im ersten Act der Kläger constituirt werde (denn der Kläger vindicire), so sei es klar, daß mit der Vindicienertheilung nicht die Kläger- und Beklagtenrolle vertheilt worden sei. Und da nun eben Vindicienertheilung und Feststellung der Parteirolle zwei verschiedene Dinge seien, so folge, daß der Prätor bei beiden nicht ganz dieselben Regeln habe befolgen können. Ueber die Vindicienertheilung seien nie bestimmte Regeln festgestellt worden; der Prätor habe hier nach einem freieren Ermessen verfahren, z. B. je nachdem der Eine der Streitenden sich als einen diligentior paterfamilias ausweise u. dergl. Also die Interdicta retin. poss. einerseits und das Int. quor. bon. andererseits hängen mit den manus consertae und der deductio quae moribus fit zusammen. Die Vindicien seien etwas ganz Anderes;

der, dem sie zugetheilt würden, sei mehr mit einem Sequester zu vergleichen.

3) Trotz dieses Parallelismus zwischen dem Interdictum uti poss. und utrubi auf der einen Seite, und dem Quor. bon. auf der anderen, sind nun aber nach Hingst doch allerlei Unterschiede zwischen beiden. Jene sind retinendae, dieses ist adipiscendae possessionis. Das aber erkläre sich aus der verschiedenen Natur von Erbrecht und Eigenthum. Denn wer Erbe werde, habe angefangen zu adipisci. Ferner das Int. quor. bon. ist simplex, jene sind duplicia. Aber das Int. quor. bon. als adipiscendae sei restitutorisch und als restitutorium sei es simplex. Dagegen die Interdicta uti poss. und utrubi seien prohibitorisch, und diese könnten duplicia sein. Bei den Interdicta retin. poss. behaupte Jeder, Besitzer zu sein, und Jeder behaupte, daß ihm vom Gegner vis illata sei, und läugne, daß er dem Gegner vim fecisse. Beim Interdictum quorum bonorum dagegen läugne allerdings der Kläger nicht, daß der Gegner besitze, aber er behaupte, daß er selbst besitzen müsse (possidere oportere), und deßhalb müsse er der Kläger sein. Demgemäß heiße es auch in der Interdictsformel: quod de his bonis pro herede aut pro possessore *possides possideresve* si etc. Also haben im Anfang das Interdictum quorum bonorum und die Interdicta retinendae possessionis im Allgemeinen dieselbe Natur, und wo sie sich von einander unterscheiden, da lassen sich diese Unterschiede auf die Verschiedenheit von Eigenthum und Erbrecht zurückführen.

4) Der Prätor habe seine bonorum possessio zuerst nur den civilrechtlichen Klassen gegeben, aber nicht Allen in diesen Klassen. Aus der testamentarischen Klasse

nur dem, der tabulas signatas vorbringen könne, also die Einführung der bonorum possessio hänge mit der Einführung der tabulae signatae zusammen. Im Uebrigen aber beabsichtigte der Prätor die möglichste Ausschließung des Proherede-Usucapienten, und habe danach hinter der bonorum possessio secundum tabulas überhaupt den legitimi die bonorum possessio gegeben. Nach Civilrecht konnte Jeder die Erbschaft occupiren, so daß er damit die Beklagtenrolle gewann und danach leicht als Sieger aus dem Proceß hervorging. Der Prätor bestimmte nun, daß der Erbschaftsbesitz nicht mehr vom Zufall abhängen [17]), sondern auf Grund eines bestimmten *titulus* (signatae tabulae und Intestaterbrecht) erworben werden solle. Also ganz ebenso wie nach der Stintzing'schen Ansicht bona fides und iustus titulus nicht von Anfang an Requisite der Usucapion gewesen, sondern erst durch den Prätor allmälig in das Civilrecht eingeführt worden seien, so habe auch der Prätor zuerst angefangen, für den Erbschaftsbesitz den titulus als Requisit aufzustellen. Dies bestätige ausdrücklich Isidor (Or. V. 25.): „bonorum possessio est ius possessionis certo ordine *certoque titulo* acquisitum."

17) Indem der Erbschaftsbesitz so vom Prätor zugetheilt wird, ist das etwas der hereditatis vindicatio Vorausgehendes und doch genau mit ihr Zusammenhängendes; und gerade dies bedeuten nach Hingst die Edictsworte: si de hereditate ambigitur, für deren Erklärung er sich an Huschke anschließt. Dieser von Niemand außer Fabricius und seinen Anhängern bisher beachtete Umstand bestätige also gerade, da die Fabricius'sche Ansicht sich im Uebrigen als unhaltbar erwiesen, die Hingst'sche Theorie vom Ursprung der bonorum possessio.

30. Diese Theorie soll uns der Anhaltspunkt sein, von dem aus die Stellung der bonorum possessio zum Proceßregulirungsverfahren einer genaueren Untersuchung zu unterziehen ist[17a]). Diese Frage ist zum Verständniß der bonorum possessio ein unentbehrlicher Factor, und an der Prüfung der vorgebrachten Gegengründe wird die Darstellung der Sachlage sich am Besten erhärten. Es wird sich dabei finden, daß Hingst's Ansicht, so sehr er auch ihren großen Unterschied von der Fabricius'schen Auffassung betont, derselben doch sehr nahe verwandt ist. Und gerade indem wir sehen, daß nach der Richtung des Processes hin verschiedene Versuche gemacht worden sind, den Schlüssel zur bonorum possessio zu finden, so beweist das, daß in dieser Hinsicht nicht eher ein Abschluß eintreten wird, bevor nicht die hier in der That bestehenden Beziehungen in ihrer wirklichen Tragweite genau constatirt sind.

Hingst erkennt an (p. 117.), daß die ursprünglich zur bonorum possessio berechtigten Personen nur die civilrechtlichen Klassen waren. Dies ist eben der Satz, den ich in meinem früheren Werk ausgeführt habe. In so weit stimmen wir also zusammen. Im Uebrigen nun aber fragt sich, ob aus irgend einem Stück des dinglichen Processes der Ursprung der diesen Personen (laut Cicero jedenfalls schon seit dem Bestande des Instituts) ertheilten bonorum possessio abzuleiten sei. Dazu bedarf es zunächst einer kurzen Zusammenstellung dessen, was wir über diesen dinglichen Proceß theils sicher theils vermuthungsweise wissen.

17a) Vgl. auch Hartmann Gött. G. A. 1861. I. S. 316 ff.

31. Die älteste Form des dinglichen Processes (also auch des Processes de hereditate) ist die in der legis actio sacramento gegebene.

Verr. II. 1. 115. si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, *lege ageret in hereditatem* [18]).

Daran schließt sich als eine Art Uebergangsform das Verfahren per sponsionem (Cic. l. c.): aut, pro praede litis vindiciarum quum satis accipisset, sponsionem faceret: ita de hereditate certaret.

Und offenbar die letzte Form, in der das Wesen der dinglichen Klage erst ganz frei zum directen Ausdruck gelangt, ist die formula petitoria, die Cicero (684.) jedenfalls für das Eigenthum schon kennt [19]), dagegen in Betreff der controversia de hereditate nicht erwähnt.

Uns interessirt hier vorzugsweise der Sacramentsproceß, und nebenbei auch der Proceß per sponsionem. Von dem ersteren bedarf es zunächst einer kurzen Zusammenstellung seiner einzelnen Theile. Eine weitere Darstellung dieses Processes kann hier natürlich nicht gegeben werden.

1) Der erste Act bei dem in rem agere, also auch bei der controversia de hereditate, sind die

18) Vgl. die Stelle von Plinius (oben Ziffer 18. A. 51.) und von Valer. Maxim. VII. 7. §. 5. (oben Ziff. 19.) „lege agere heredes (scriptos) passus non est." — Cic. de orat. I. 175. egissetque lege in hereditatem paternam.

19) Verr. II. 2. §. 31: ut in ea verba Praetor iudicium det: L. Octavius iudex esto: si paret *fundum Capenatem* quo de agitur, *ex iure Quiritium P. Servilii esse,* neque is fundus Q. Catulo restituetur.

manus consertae, das Gewaltansagen (vim dicere) mittelst des die Waffe bedeutenden Stabes vindicta, und die Darstellung eines Scheinkampfs vindicatio (vis civilis et festucaria quae verbis dicitur).

Der streitige Gegenstand, in dessen Gegenwart man sich befinden muß, ist das Object eines auf den Besitz desselben gerichteten Scheinstreits. Der in bestimmte solenne Worte gefaßte Act besteht aus einer vollständigen Duplicität des Handelns von beiden Seiten:

Gai. IV. 16: *qui vindicabat* (der Kläger) festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat velut hominem et ita dicebat: „hunc ego hominem [hunc fundum, hanc hereditatem] ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi [20]), ecce tibi vindictam imposui.“ et simul homini festucam imponebat.

adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

Jeder behauptet also das Recht an dem streitigen Gegenstande und legt factisch die bewaffnete Hand daran,

20) Puchta Inst. II. 161. m. (dem Rudorff R. G. II. 131. 132. und v. Bethmann-Hollweg Civ. Pr. I. S. 139. zustimmen) bezieht das secundum suam causam nur auf die Vindication eines Menschen, was aber mit der Darstellung des Gaius, der allgemein sagt: dies würde gesprochen, indem der Vindicant *rem* adprehendebat *velut hominem* (so daß also statt des homo auch eine andere Sache Gegenstand der so vorgenommenen Vindication sein konnte) — sich nicht wohl vereinen läßt. Val. Prob. 4. 6. In meiner Manc. u. Trad. S. 39. A. 2. habe ich diese Frage unentschieden gelassen, die nachher noch weiterer Besprechung zu unterziehen ist.

d. h. behauptet den Besitz der Sache. Dies letztere veranlaßt nun zunächst den Prätor zu seinem Dazwischentreten, indem er beide Theile auffordert, von dieser factischen Besitzbethätigung zurückzutreten:

cum uterque vindicasset, praetor dicebat: mittite ambo hominem [decedite ambo de fundo, de hereditate], *illi mittebant.* Der prätorische Spruch hat in der That die Wirkung, daß beide Streitenden von der factischen Besitzbethätigung ablassen, und also nun für die Dauer dieses Processes die Besitzfrage zu einer offenen machen. Hieran knüpft dann das unter 4. Anzuführende an.

2) Auf die manus consertae folgt das *sacramento contendere* d. h. die Herüberleitung der Rechtsfrage in den solennen processualischen Weg. Auch dies erfolgt mit vollständiger Duplicität. Gai. l. c.: *qui prior vindica*[*verat*], (der Kläger, d. h. derjenige, der auch das Besitzverfahren unter Nr. 1 eingeleitet hatte) [ita alterum interroga]bat: „postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris“;

ille respondebat: „ius peregi sicut vindictam imposui“;

deinde *qui prior vindicaverat* (der Kläger) dicebat: „quando tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco“; adversarius quoque dicebat: „similiter ego te“. seu L asses sacramenti nominabant.

3) *Deinde* eadem sequebantur quae cum in personam ageretur. d. h. die zur Herüberleitung in's Judicium nöthigen Acte (Rudorff R.G. II. S. 78. 79.), die uns hier nicht weiter interessiren.

4) *Postea* praetor secundum alterum eorum *vindicias dicebat*, id est interim aliquem possesso-

rem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod in publicum cedebat.

Der durch die prätorische Verfügung unter Nr. 1. offen gewordene Besitz mußte für die Dauer des Processes einer weiteren prätorischen Feststellung unterworfen werden. Dies ist das vindicias dicere, welches offenbar deßhalb an das Ende des Ganzen gelegt wurde, weil hier noch eine weitere factische Cognition nöthig war, an die sich dann wieder die Stellung der praedes litis et vindiciarum anschloß, was Alles in den geregelten Gang der vorausgehenden Solennitätshandlung einzuschieben unpassend gewesen wäre. Die Stellung der Sacramentsprädes, obgleich erst hier von Gaius erwähnt, wird allerdings schon gleich bei Nr. 2. und vor Nr. 3. erfolgt sein.

32. Auf den Umstand, daß das vindicias dicere erst der vierte Act des ganzen Verfahrens und von den manus consertae (Nr. 1.) durch die Acte Nr. 2. und Nr. 3. völlig geschieden war[21]), stützt

21) Diese an sich richtig von Hingst bemerkte Thatsache tritt in der Rudorff'schen Darstellung nicht deutlich genug hervor, indem er zunächst S. 128. 129. das Possessorium bespricht und hier gleich bei den manus consertae sagt: der Prätor erläßt hierauf ein Friedensgebot, . . eine Entscheidung über den . . . momentanen Besitz (vindicias dicere), die nöthigen Cautionsbefehle"; sodann S. 130. 131. auf das Petitorium übergeht, wobei hinzugefügt wird: „über die formulirten Behauptungen fordert der Prätor von

Hingst (gleichviel wie er im Uebrigen sich die 4 Theile abtheilt) seine Ansicht, daß sowohl die Interdicta retinendae possessionis wie die bonorum possessio und das Interdictum quorum bonorum lediglich mit Nr. 1. und gar nicht mit Nr. 4. in Zusammenhang ständen. Um dies widerlegen und überhaupt die wichtige Frage von der Stellung der bonorum possessio zu diesen Stücken des dinglichen Processes erledigen zu können, ist nun aber ein genaueres Eingehen in das Wesen sowohl von Nr. 1. wie Nr. 4. nothwendig.

In Betreff der Interdicta uti possidetis und utrubi wird das, was auch Hingst hier annimmt, daß sie nämlich zur Feststellung der Parteirollen vor dem Eigenthumsproceß eingeführt worden sind, bekanntlich in den Quellen ausdrücklich bestätigt.

§. 4. I. de Int. 4. 15. sagt es ganz unzweideutig: Retinendae possessionis causa *comparata sunt* interdicta uti possidetis et utrubi, *quum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat.*

Und in demselben Sinn (comparata = einge-

beiden Parteien praedes sacramenti." So gewinnt es den Schein, als wenn das vindicias dicere und die Leistung der praedes lit. et vind. vor dem Petitorium und der Stellung der praedes sacramenti erfolgt wäre. — Auch bei Witte das Interd. uti poss. (1863) S. 32. rufen die Worte: „der Scheinkampf, das conserere manus . . . stattfand und durch die prätorische Regelung des Besitzes während der Dauer des Processes abgeschlossen wurde" den Schein hervor, als wenn das vindicias dicere unmittelbar mit dem conserere manus verbunden gewesen wäre.

führt [22]), nicht bloß: „bereit“ oder „dienlich“) hat auch gewiß Gaius die der Institutionenstelle zum Grunde liegenden Worte geschrieben (Witte a. a. O. S. 29): IV. 148: Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, *quum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est*, *et ante quaeritur*, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, *cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi.*

Ueber die genaueren Voraussetzungen, unter denen das Interdict. uti possidetis stattfindet (von dem utrubi braucht im Folgenden nicht noch besonders die Rede zu sein), spricht sich Ulpian in fr. 1. §. 3. uti poss. (43. 17.) folgendermaßen aus:

Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores uter possessor sit uter petitor, aut non convenit. *Si convenit* absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. *Sed si inter ipsos contendatur uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc,* si res soli sit, in (de) cuius possessione contenditur, *ad hoc interdictum remittentur.*

Dieser Gegensatz ist ein practisch so nothwendiger, daß man als sicher wird annehmen dürfen, die Römer werden demselben nicht bloß in den entwickelten Zeiten der formula petitoria, sondern auch schon in der Zeit des lege agere sacramento seine Bedeutung zuerkannt haben. Und es ist durchaus das Wahrscheinlichste, daß

22) Vgl. als Parallelstelle Gai. IV. 35: quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio . . . . . *comparata* est.

sich gerade auf diesen Gegensatz in der Legisactionenzeit das Verfahren mit oder ohne *deductio moribus* bezieht [23]).

Vorher schon wurde bemerkt, daß die Worte: secundum suam causam sicut dixi nicht wohl bloß bei der Vindication eines homo, sondern überhaupt in Betreff aller Sachen gesprochen sein müssen. Namentlich in Betreff der Grundstücke war ja eine nothwendige Vorfrage, ob dieselben innerhalb der Grenzen lägen, in denen man überhaupt dominium ex iure Quiritium am Grund und Boden haben könne. Und eben diese objective causa des Grundstücks (also daß es z. B. in agro qui Sabinus vocatur liege), ferner seine genauere Beschaffenheit mit allen Zubehörungen („omnis *causa*"), so wie der Kläger sie in Anspruch nehme, mußte nothwendig Gegenstand von formlosen Vorbesprechungen sein, auf die dann der Kläger beim Beginn der Solennitätshandlung selbst, mit den Worten secundum suam causam sicut dixi zurückverwies [24]).

Jedenfalls ging nun auch bei Grundstücken dem Verfahren der späteren Legisactionen-Zeit noch eine Vorverhandlung voraus, die wieder eine ganz genau formulirte Gestalt angenommen hatte, also selbst wieder Stück der Solennität geworden war. Früher verfügte sich der Prätor mit den Parteien zum Grundstück, wo dann die Solennität vorgenommen wurde. Mit der Vergrößerung des römischen Staatsgebiets erschien dies

23) Vgl. Rudorff R.G. II. S. 128. A. 2. — Auf die vielfach abweichenden Ansichten über die deductio moribus gehe ich hier nicht ein.

24) Wenn man mit Huschke die Worte sicut dixi zum Folgenden zieht, so fällt diese Annahme einer Zurückverweisung auf die Vorverhandlungen allerdings weg.

allmälig nicht mehr durchführbar, und so wie man sich auch bei schwer transportablen Sachen damit begnügte, nur ein Stück davon in's ius zu bringen und daran die Vindication vorzunehmen [25]), so ließ man auch vom Grundstück oder auch von der Erbschaft sich an einem geholten Stück genügen [26]). Rücksichtlich des Holens der Scholle vom Grundstück entwickelte sich nun jenes eingängliche Stück der Solennität, das ex iure manum consertum vocare.

Kläger sprach: fundum, qui est in agro qui Sabinus vocatur, ego ex iure quiritium meum esse aio, inde ibi ego te ex iure manum consertum voco.

Beklagter antwortete: unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco.

Der Prätor verfügte: suis utrisque superstitibus praesentibus *vindicias sumite*, inite viam. Die Parteien machen sich nun auf den Weg. In der späteren Zeit ist auch dies noch abgekürzt, die Scholle ist schon vorher geholt und in der Nähe niedergelegt. Die Parteien kehren dann also auf den Ruf des Prätors:

redite viam

mit der ergriffenen Scholle zurück, und es erfolgen die manus consertae.

Jedenfalls aber muß man, auch abgesehen von dieser zur Solennität gewordenen Vorverhandlung, annehmen, daß überhaupt, vor der Vornahme der legis actio selbst, erst noch formlose Vorverhandlungen der Parteien liegen. Sehr richtig sagt Witte (S. 47.): „Wenn zwischen zwei Parteien ein Streit ausbrach, und sie sich zum Beginn eines Processes vor dem Prätor einfanden, so wurden nicht ohne weiteres die feier-

25) Gai. IV. 17. si qua res talis . . . defringebatur.

26) Gai. IV. 17. similiter si de fundo etc.

lichen Worte der legis actio ausgesprochen. Es bezeichnete ohne Zweifel der Kläger zunächst in formloser Weise die Natur seines Anspruches. Der Verklagte konnte dann ganz oder zum Theil das Klagrecht anerkennen, es konnte von der einen oder anderen Seite die Zuschiebung eines Eides erfolgen, auch waren anderweite formlose Verhandlungen sicher nicht ausgeschlossen."

Der Gegenstand aber, der für den dinglichen Proceß von entscheidender Wichtigkeit ist, und über den unter den Parteien zunächst erst formlose Verhandlungen nöthig sind, wie sie sich zu demselben stellen wollen, ist vorzugsweise die Besitzfrage in der doppelten (oben) von Ulpian erörterten Eventualität:

1) *si convenit*, so ist das Resultat einfach das, daß damit die Beklagten- und Klägerrolle festgestellt ist: absolutum est: *ille possessoris commodo quem convenit possidere*, ille (quem convenit non possidere) petitoris onere fungetur. — Von der deductio quae moribus fit wissen wir nun nicht viel, jedenfalls aber ist gerade dieser unser Punkt sicher, daß sie nämlich das Resultat hatte, daß der deducens dem Gegner vadimonium promittirte, daß also dadurch die Beklagtenrolle festgestellt wurde. Cic. pro Tull. 20: dicit *deducturum* se Tullius, *vadimonium Fabio Romam promissurum*. Auch das muß aus dieser Ciceronischen Stelle noch hervorgehoben werden, daß die deductio moribus die Möglichkeit eines gegenseitigen Verhandelns über diese Beklagtenrolle in sich faßt, indem Einer dem Anderen es zur Wahl stellt, ob er der deductus oder deducens sein soll, so daß eben nun durch Nachgeben des Einen und Anerkennung des Wunsches des Anderen also durch Vereinbarung die Beklag-

tenrolle festgestellt wird. Appellat *Fabius* ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur, dicit deducturum se *Tullius*. Also Fabius ist zur Beklagtenrolle bereit, aber auch damit zufrieden, daß sie dem Tullius zufalle, und gerade damit fügt er sich dem Tullius, wie dieser seinerseits auf dem Deduciren besteht. Das entspricht mithin ganz genau dem si convenit des Ulpian.

Danach wird man sich also die Sache so zu denken haben, daß die deductio das im symbolisirenden Sinn der älteren Zeit vorgenommene *convenire de possessione* war. Der Eine führte den Anderen mit conventioneller Gewaltthätigkeit („vis ex *conventu*") aus dem Grundstück und war damit für den Proceß zum Besitzer constituirt. Das Ganze ist aber, auch in seiner früheren symbolischen Form, doch nur eine factische Vorverhandlung vor dem Solennitätsact der legis actio, die in sich als ein genau geregeltes Ganzes erscheint, von dem kein Bestandtheil beliebig weggelassen werden konnte. Es erscheint mir deßhalb undenkbar, daß, nachdem die deductio vorgenommen worden, wodurch factisch die Beklagtenrolle allerdings festgestellt war, nun (wie auch mit Recht Witte S. 36. gegen Rudorff ausführt) bei der Einleitung des Processes die manus consertae unterblieben wären, die doch nach der Darstellung des Gaius ein integrirendes Stück des Ganzen sind. Es wird in den manus consertae, wie auch nach der factischen Sachlage die Beklagtenrolle sich bereits festgestellt hat, zur juristischen Fixirung und Solennisirung dieses Factums geschritten, und eben diese juristische Solennisirung darf nach dem Wesen dieser alten Rechtsproceduren nie fehlen. Dies stimmt auch ganz mit der Darstellung des Gaius überein. Er sagt in Betreff der manus

consertae nicht, daß jeder von beiden Streitenden beliebig zuerst die festuca hätte anlegen können, und dann der Prätor dem Einen den Besitz zugesprochen habe. Im Gegentheil, ihm ist der Kläger *(qui vindicabat)* eine ganz feststehende Person, und das ist ja nur möglich, wenn diesem gegenüber es bereits factisch constatirt war, daß dessen Gegner der Besitzer sei. Der Prätor interponirt sich im Gebiete des Legisactionsverfahrens nur in soweit, daß er, — nachdem dieser Besitzer factisch schon feststeht, und gegen diesen in den manus consertae derjenige qui vindicat die vis quae dicitur vorgenommen, dem gegenüber aber der Besitzer durch Vornahme der gleichen Solennitätshandlung seinen Besitz aufrecht erhalten hat, — daß der Prätor nun Beiden (für die Proceßdauer) von ihren Besitzansprüchen abzustehen gebietet, und damit eben das offene Terrain für das vindicias dicere, die Zutheilung des Besitzes für die Proceßdauer gewinnt. In dem mittite ambo rem ist nur eine Verfügung für die Proceßdauer zu finden, denn die Parteirolle bleibt unverändert so, wie sie in dem ersten Vindiciren des Klägers hervortritt. Also der Beklagte bleibt unverändert Beklagter und mithin, insoweit man unter possessor den Beklagten versteht, auch possessor. Und das Unverändertbleiben der Klägerrolle zeigt sich darin, daß der, welcher vor dem mittite die erste Vindication vorgenommen hatte, damit einfach auch für die petitorische Verhandlung des sacramento contendere, unter dem technischen Namen des: *qui prior vindicaverat*, die Klägerrolle einnimmt. Es ist deßhalb auch nicht richtig zu sagen (Rudorff S. 129.), daß die Litiganten in Folge jenes Befehls den momentanen Besitz an den Staat aufgeben, und also dieser ihn im vindicias dicere neu übertrage.

Vielmehr bleibt der Beklagte Besitzer, und der qui prior vindicaverat bleibt Kläger, aber beiden wird aufgegeben, von ihren Gewalthandlungen abzulassen. Das bedeuten die Worte: mittite rem; es heißt nicht: mittite possessionem, was ein nicht gegen Beide, sondern gegen den Beklagten gerichtetes Gebot sein müßte. Für die Proceßdauer wird demnach ein offenes Gebiet geschaffen; in welchem, unter Festhaltung der einmal feststehenden Beklagtenrolle, also insoweit auch der Besitzstellung, ein dieser nicht präjudicirender Proceßzeit-Besitzer (*interim* aliquem possessorem constituebat) aufgestellt wurde.

33. — 2) Die zweite Frage ist, wie es sich im Legisactionenproceß verhielt, *si inter ipsos contendatur uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat*; also für den Fall, für den uns zum Zweck der Regelung der Parteirollen die Quellen die Interdicta retinendae possessionis als eingeführt angeben.

Witte (S. 38 ff.) hat in dieser Hinsicht die Ansicht aufgestellt, daß diese Interdicte sich aus dem vindicias dicere des Prätors entwickelt hätten. War eine Einigung zwischen den Parteien nicht zu Stande gekommen [„wer für die Dauer des Processes im Genusse des streitigen Objects bleiben sollte“, besser: wer die Beklagtenrolle zu übernehmen habe], so mußte, nach Witte, in der älteren Zeit unzweifelhaft der Prätor nach seinem Gutdünken die Vindicien der einen Partei zusprechen. Der Prätor that dies nicht nach regelloser Willkür, sondern nach bestimmten Grundsätzen und nach Untersuchung der nöthigen thatsächlichen Momente, und es stützte sich alsdann das vindicias dicere auf das Resultat einer extraordinaria cognitio. Aus dieser

leitet dann Witte, wie auch für andere Fälle, als Mittel für eine Erleichterung der Geschäftslast des Prätors, die Entstehung des Interdictenverfahrens Uti possidetis und Utrubi ab. —

Witte verfällt hier einerseits in eine Verwechslung der beiden Begriffe von Interimsbesitz während des Processes und von Beklagtenrolle, und andererseits in eine Inconsequenz gegen seine eigenen vorher ausgesprochenen Grundsätze. Die Vindicienertheilung erfolgt zuletzt, und vorher stand die Beklagtenrolle schon vollständig fest. Bei der vorigen Frage (si convenit) erkennt es Witte selbst an, daß die Frage über die Parteirolle („daß der Deducirende Besitzer und also Verklagter im Proceß sein sollte" S. 33.) durch die deductio festgestellt wurde; daß durch diese deductio das vindicias dicere zum Zweck der Regelung des Besitzes für die Proceßdauer nicht unnöthig gemacht wurde; daß dann aber der Prätor beim vindicias dicere regelmäßig keine Wahl hatte, sondern die Vindicien dem geben mußte, der durch die conventio der Parteien zum Besitzer (und also Beklagten) constituirt worden war. Also hier erkennt Witte selbst an: die Beklagtenrolle muß schon vor Beginn der vindicatio feststehen, die später nachfolgenden Vindicien müssen sich (wo nicht besondere Gegengründe vorliegen) danach richten. Ganz dasselbe muß nun aber auch gelten, wenn inter ipsos contendatur uter possideat, ja hier in noch erhöhtem Maßstabe. Wenn alteruter se magis possidere affirmat, und sie sich nicht darüber zu einigen vermögen, so ist es ja eben gar nicht möglich zu sagen, wer Derjenige sein soll *qui prior vindicat* (also der Kläger). Damit Letzteres eintreten kann, muß die erstere Frage bereits entschieden sein. Andererseits aber würde für

diese Entscheidung die Vindicienertheilung ganz ungenügend sein. Denn diese ist, — ohne daß die Parteien ihren Besitz-Animus in Betreff der Sache aufgeben, also daß Beklagter aufhört, Besitzer sein zu wollen, und Kläger umgekehrt einen anderen Willen bekommt, als die Sache dem Beklagten abvindiciren zu wollen — lediglich die prätorische Feststellung, nachdem Beiden auferlegt ist, sich einstweilen für diesen Proceß aller Besitzhandlungen zu enthalten: wer in diesem Proceß einstweilen possessor sein soll [27]). Nicht aber lediglich dieser Interimsbesitz-Feststellung bedurfte es, sondern der wirklichen Besitzfeststellung d. h. der Fixirung, wer, (da die Parteien sich nicht einigen konnten), nach Untersuchung der wirklichen Sachlage unter den Streitenden als Derjenige sich herausstelle, der in der That Besitz der Sache hat und wer also umgekehrt in der Stellung stehen müsse, Jenem die Sache abzuvindiciren (qui vindicat), also die Klägerrolle zu übernehmen.

Wir müssen daher nothwendig die Sache umdrehen. Nicht aus der Vindicienertheilung (die am Ende des lege erfolgenden Vindicationsverfahrens lag) ist die Entscheidung über Feststellung der (streitigen) Beklagtenrolle hervorgegangen, sondern diese Entscheidung muß statt gefunden haben, ehe überhaupt in den manus con-

27) Der diesem Interimsbesitzer gewährte Schutz muß nothwendig seinem Sinn nach ein einseitig gegen den Kläger gerichtetes vim fieri veto sein. Das erkennt auch Witte S. 42. an. Aber gerade daran wird es auch kenntlich, daß es unmöglich ist, aus der Vindicienertheilung eine prätorische Verfügung, die, wenn *alteruter* se magis possidere affirmat, begrifflich nothwendig *duplex* sein muß, historisch erklären zu wollen.

sertae der eine der Streitenden als der, *qui prior vindicat*, (d. h. als Kläger) auftritt. Indem wir mithin die Vindicienertheilung als ein uns förderndes Erklärungsmittel verwerfen müssen, stehen wir wieder vor der offenen Frage, von wem diese Entscheidung ausgegangen ist?

Hier bietet sich uns nun eben die keinerlei Bedenken in sich tragende Nachricht der Quellen dar, daß gerade für diesen Fall (also nicht zur Feststellung des Interimsbesitzes, sondern zur Ermittelung des wirklichen Besitzes und mithin Feststellung der Beklagtenrolle für die Vindication) die Interdicta retinendae possessionis eingeführt worden seien (comparata sunt). Also der Prätor constituirt diese Frage, die gutwillig von den Parteien nicht erledigt worden ist, zum Gegenstand einer eigenen processualischen Untersuchung, deren Zweck natürlich darauf gerichtet sein muß, herauszubringen, wer von Beiden der wirkliche Besitzer ist. Indem er diese Untersuchung zu einem eigenen Interdictenverfahren gestaltet, so ist damit eine äußerliche Trennung von dem Verfahren über die proprietas eingetreten[28]). Aber da gerade der Prätor, wenn es sich um einen Eigenthumsstreit handelt, die dabei auch über den Besitz Streitenden zunächst ad interdictum remittit, so liegt darin mit Nothwendigkeit (was auch Witte mit Recht hervorhebt S. 39.), daß die im Interdictenverfahren herausgekommene Entscheidung für ihn ebenso bindend war, wie die unter den Parteien getroffene Uebereinkunft. Wir haben also vollständigen Parallelismus der

28) Fr. 1. §. 2. uti poss. 43. 17.: huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod *separata esse debet possessio a proprietate.*

beiden Fragen: 1) **entweder** (si convenit) gutwillige Erledigung der Besitzfrage (in älterer Zeit in der Form der deductio, später formlos) und **demgemäß**: a) Feststellung dessen qui (in den manus consertae) prior vindicat, b) so wie andererseits Feststellung dessen, dem (abgesehen von besonderen Gegengründen; worüber unten) in den Vindicien auch der Interimsbesitz zuzutheilen ist; 2) **oder** bei vorhandenem Streit über die Besitzfrage dessen Erledigung im Interdictum retinendae possessionis und **demgemäß**: a) ebenfalls Feststellung einerseits dessen qui prior vindicat [29]), b) und andererseits dessen der in den Vindicien zum Interimsbesitzer zu constituiren ist.

Nun aber liegt die Frage nahe, wie sich in dieser zweiten Hälfte der Alternative die Sache verhalten haben möge, ehe die Interdicta uti possidetis und Utrubi eingeführt waren? Diese Frage kommt also gerade vorzugsweise für die Zeit der legis actiones und die Zeit, in der für jenen anderen Fall die deductio moribus

29) Also auch hier muß der Besitzstreit durch das prätorische Machtgebot factisch erst erledigt sein (**factisch**: vom Standpunkt des Civilrechts aus), ehe in der civilrechtlichen Solennität der manus consertae die Frage ihre legitime Formulirung für den Eigenthumsproceß erhalten kann. — Wenn nun **Hingst** p. 44. die Ansicht aufstellt, daß die Int. ret. poss. und das Int. quor. bon. mit den manus consertae **und mit der** *deductio quae moribus fit* zusammenhängen, so kann nach dem Bisherigen schon so viel als erledigt bezeichnet werden, daß zwischen dem Int. quor. bon. und der deductio, also dem Fall *si convenit* inter litigatores, jedenfalls gar keine Beziehungen bestehen können, so daß im Folgenden nur noch die Beziehung zu den manus consertae geprüft zu werden braucht.

in Gebrauch gewesen sein wird, in Betracht. — Wenn man nur die Erklärung aus den Vindicien fallen läßt, so trifft meine Ansicht im Uebrigen ganz mit der von Witte zusammen. Ich habe bereits an anderem Orte [30]) (was auch Witte adoptirt) ausgeführt, daß die Quelle der Interdicteninstitution das prätorische imperium und die extraordinaria cognitio war, und daß wir annehmen dürfen, der Interdictenstoff (natürlich nicht alle einzelnen Interdicte, da sie zum großen Theil erst späteren Ursprungs sein werden) habe ursprünglich die Gestalt rein prätorischer cognitiones und decreta gehabt, die sich dann bei steigender Geschäftslast des Prätors in Interdicte umgeformt haben. Danach wird man auch hier (wenngleich ohne specielle Quellenbelege) anzunehmen haben, daß, ehe die Interdicta Uti possidetis und Utrubi bestanden, also insbesondere in der älteren Legisactionenzeit, die Frage: wie wird der streitige Besitz vor dem Beginn des Vindicirens entschieden? — keineswegs eine ungeordnete war (denn sie mußte entschieden werden, um mit der Vindication beginnen zu können), sondern daß sie von jeher durch praetoria cognitio und decretum festgestellt wurde. Gerade aus dem schon längeren Bestande dieses prätorischen Verfahrens, in welchem sich auch bereits die weiteren Grundsätze der Behandlung der Frage wesentlich festgestellt haben mögen, erklärt sich dann die Entwicklung des Interdictenverfahrens in der Gestalt der Interdicta Uti possidetis und Utrubi sehr einfach.

34. Man nennt wohl die manus consertae das Possessorium. Aber das könnte leicht bedeutend

30) Meine Bon. Poss. I. S. 334. ff.

mißverstanden werden. Sie enthalten in Wirklichkeit zwei Punkte:

1) Die solenne Constatirung der Kläger- und Beklagtenrolle, also: wer zuerst und wer zuletzt vindicirt. Wohl zu merken: nicht Feststellung der Parteirolle, sondern nur Constatirung des factisch schon Festgestellten im Solennitätsacte. Die factische Feststellung durch conventio der Parteien oder durch Decret des Prätors muß immer schon vorausgegangen sein. Das ist eben der Charakter dieser alten Civilrechtsacte, daß die materiellen Handlungen selbst (wie formlose Parteiverabredungen, Verfügungen des prätorischen Imperiums) in sich selbst noch nicht genügen, sondern erst noch der solennen Formulirung in einem legitimen Acte bedürfen, um so zur civilistischen Gestaltung zu gelangen. Wenn Witte von Cicero's Zeit sagt (S. 39.), daß das conserere manus bereits eine reine Formalität war, indem der Besitz ja doch schon im Voraus feststand, so stimme ich dem ganz bei, bin aber der Meinung, daß dies nie anders war. Das conserere manus ist immer eine Formalität gewesen und geblieben, die den Zweck hatte, civilrechtlich in einer äußeren Solennität zu verkörpern, was seine materielle Ordnung schon anderweit empfangen hatte.

2) Die Scheidung dieser so erledigten Parteirollenfrage von der über den Interimsbesitz während des Processes; also prätorisches Gebot, einstweilen von der Sache abzulassen. Dieser prätorische Spruch erfolgt ohne alle causae cognitio, er ist in jedem Fall eine Nothwendigkeit, und ist Stück der solennen Handlung, die in fester Reihe alsbald weiter schreitet. Gerade hierin liegt auch wohl der Grund, weßhalb der Prätor bloß die Verfügung mittite trifft, nicht aber zugleich

die Vindicienertheilung vornimmt. Denn zu dieser bedarf es noch mehrfach besonderer Handlungen und materieller Untersuchungen, und diese schiebt daher der Prätor an den Schluß, indem die manus consertae und das sacramento contendere, wie auch die Darstellung des Gaius (IV. 16.) zeigt, sich so unmittelbar an einander anschließen, daß hier eine Unterbrechung der Solennität durch irgend welche causae cognitio wohl schwerlich gedacht werden kann.

Mit den Vindicien dagegen verhält es sich ganz anders. Hier sind keine solennen Worte zu sprechen; Partei-Erklärungen sind abzufordern, ob sie praedes litis et vindiciarum stellen können und wollen; diese praedes sind herbeizuschaffen und das Geschäft ihres Sichverhaftens ist auszuführen. Nunmehr endlich ist die Zutheilung des Interimsbesitzes auszusprechen, der also nicht die Bedeutung hat, daß dem Beklagten sein Besitz (im Sinn der Beklagtenrolle) genommen werde, sondern es wird gleichsam nur der Fruchtgenuß (die vindiciae), d. h. eine gewisse Zeitdauer, zum Gegenstande der prätorischen Verfügung gemacht. Danach halte ich es für keineswegs richtig, wenn Witte, zugleich mit der eben erwähnten Aeußerung, auch weiter sagt (S. 39.), daß die sich an die manus consertae [freilich nicht unmittelbar] schließende Regelung der Vindicien zu Cicero's Zeit bereits eine reine Formalität gewesen sei, indem es immer schon in Voraus festgestanden habe, wer den Besitz der streitigen Sache für die Dauer des Processes haben würde.

Allerdings erscheint es als durchaus unbedenklich, zu sagen, daß ganz regelmäßig und ohne Weiteres der in den manus consertae als Besitzer (= Beklagter) Constatirte nun auch in den Vindicien zum In-

terimsbesitzer constituirt wurde. Aber diese Sache hing doch nothwendig an zwei Bedingungen[31]). Erstlich der[32]), daß der Beklagte doch wollen mußte, den Besitz und Fruchtbezug während des Processes zu übernehmen, indem er wegen der Gefahr des doppelten Fruchtersatzes (Festus v. vindiciae. p. 376. Müll.) vielleicht es vorzog, darauf zu verzichten. Zweitens mußte der Beklagte praedes litis et vindiciarum stellen, und wenn er dies nicht that, so erfolgte wiederum keine Zutheilung der Vindicien an ihn.

Also die drei Punkte: a) die materielle Feststellung des Besitzes durch conventio oder prätorisches Decret, b) sodann: die formelle Constatirung dieses Besitzes in den manus consertae und Offenmachen des Interimsbesitzes, c) endlich die Zutheilung dieses Interimsbesitzes — stehen in einer genauen Verknüpfung mit einander, indem immer der eine Punkt für den anderen maßgebend ist. Nach a richtet sich b, nach b richtet sich c, also im Grunde ist c in a schon vollkommen prästabitirt[33]). Aber Alles hängt doch noch an einer

31) Daß, wie Hingst meint, der Prätor auch auf solche Dinge Rücksicht genommen habe, wie: ob die eine Partei ein bonus paterfamilias, also zum Fruchtziehen besonders geeignet war, dafür bieten die Quellen gar keine Anhaltspunkte. In sich ist es völlig unwahrscheinlich.

32) Dies erwähnt auch Witte S. 32.

33) Mithin kann man sagen: darin, daß entweder durch conventio oder durch prätorisches Decret Jemandem der Besitz und damit die Beklagtenrolle zuerkannt worden ist, liegt auch der juristische Grund, daß ihm die Vindicien für die Proceßdauer zugesprochen werden. Man darf gewiß nicht mit Puchta S. 91. annehmen, daß die Bestimmung der Vindicien früher ganz vom

schließlichen **Bedingung**. **Der Beklagte muß** ***praedes litis et vindiciarum*** **stellen wollen und können.** Als dann später an Stelle des Legisactionenverfahrens das per sponsionem oder per formulam petitoriam trat, — wurde anstatt des praedes-Stellens die stipulatio pro praede litis et vindiciarum, beziehungsweise iudicatum solvi [34]) gesetzt.

Gai. IV. 94: ideo autem appellata est: pro praede litis vindiciarum stipulatio, ***quia in locum praedium successit***, nam olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes.

Der Grund zu dieser Caution liegt aber in dem großen Vortheil und der Sicherheit, die der Besitz der Sache gewährt, und in der aequitas, daß dies für den siegenden Kläger ausgeglichen werden muß.

Gai. IV. 89: igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes; ***aequum*** enim

Ermessen des Prätors abgehangen hätte (auch Jhering Grund des Besitzschutz. 2. A. S. 72.) Von jeher wird, wenn über den Besitz inter litigatores convenit, der Prätor nicht beliebig dem Gegner den Besitz haben geben können. v. Bethmann-Hollweg Civ.-Pr. I. S. 142. — Nur in besonderen Ausnahmsfällen, die aber als hervorgehobene Ausnahmen die Regel nur bestätigen (secundum populum, secundum libertatem) werden die Vindicien nach anderen Grundsätzen zugetheilt. Puchta S. 91.

34) Gai. IV. 91. Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet quae appellatur: iudicatum solvi, si vero per sponsionem, illa quae appellatur pro praede litis et vindiciarum.

visum est, te *ideo quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur* [35]), cum satisdatione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimatione sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

Leistet nun *der Beklagte* diese Caution nicht (also ihm zuerst steht es als Beklagtem zu, sich darüber zu erklären, und wenn er sie leistet, *muß* er, abgesehen von den Ausnahmen der Note 33, die Vindicien erhalten), und ist seinerseits der Kläger zur Cautionsleistung bereit, so werden die Vindicien dem Kläger zugesprochen, d. h. es findet Translation des Besitzes und *Wechsel der Parteirolle* statt. Also es ist hier wie mit allen Bedingungen. Der Beklagte hat ein *Recht* auf die Vindicienzutheilung auf Grund der schon vorliegenden Feststellung der Parteirolle, aber wenn er die ihm obliegende Bedingung nicht erfüllt, so geht retro ihm sein ganzes Recht, auch die Parteirolle, verloren und der Kläger tritt in die Rolle des Beklagten [36]).

35) Vgl. auch fr. 15. §. 2. de quaest. 48. 18: quum *possessor* hereditatis, qui petitori satisdedit, *interim domini loco habeatur*.

36) In einer besonderen Verwendung finden wir diese Sätze auch bei der b. p. Carboniana; fr. 6. §. 6. de Carb. ed. 37. 10: Post pubertatem quaeritur, an *actoris partes* sustinere debeat qui ex Carboniano missus est in possessionem. et responsum est *rei partes* eum sustinere debere *maxime si cavit*. sed et si non caverat, si nunc paratus sit cavere, *quasi possessor conveniendus est:* quod si nunc non caveat, *possessio transfertur adversario* satis offerente: *perinde atque si nunc primum ab eo peteretur heredi-*

So sehr aber hat der Beklagte in Folge der schon festgestellten Parteirolle ein wirkliches Recht auf die Vindicienertheilung, daß sie, wenn Kläger seinerseits auch keine Caution leistet, ihm nun auch ohne Cautionsleistung wieder zu Theil werden muß [37]).

Hiernach ist das Resultat, daß die Vindicienzutheilung de iure auf den Beklagten fällt, daß aber in Folge besonderer gesetzlicher Ausnahmen oder wegen be-

tas. — Die in der Ertheilung der b. p. Carboniana, die schon Labeo kennt, fr. 9. de Carb. ed., liegende Aenderung der Parteirolle (und also Beweispflicht) setzt übrigens voraus, daß der Unmündige in Folge der ertheilten bonorum possessio auch wirklich factisch den Besitz der Erbschaft erlangt hat. Ist er inzwischen pubes geworden, also das besondere „beneficium" der b. p. Carboniana für ihn nicht mehr zutreffend, so verbleibt ihm, gegenüber dem wirklichen possessor, Klägerrolle und Beweispflicht. fr. 14. de Carb. ed.: Quaeritur, an impubes qui bonorum possessionem ex Carboniano accepit, si, antequam possessio ad eum translata fuerit (dies hat hier nicht den Sinn der „Translation des Besitzes" in der technischen Bedeutung) pubes factus sit, *petitoris partibus* fungi debeat. respondit in eo quod *a possessore* petit, *probationem ei incumbere.*

37) Paul. rec. sent. I. 11. 1.: Quoties hereditas petitur, satisdatio iure desideratur; et, si non detur, in petitorem satisdantem hereditas transfertur. si petitor satisdare noluerit, *penes possessorem possessio remanet; in pari enim causa potior est possessor.* Das wird gewiß von jeher beobachtet sein. Ueberhaupt aber ist aus der gegebenen Ausführung ersichtlich, wie unrichtig der Satz von Hingst ist (S. 113.): nusquam dandarum vindiciarum certae regulae occurrunt.

klagtischer Nichtleistung der Caution die Vindicien auch dem Kläger zugewiesen werden können [38]). Jedenfalls ist das Ganze eine Frage, die mehrfache Parteiverhandlungen vor dem Prätor und verschiedene prätorische Entscheidungen hervorrufen konnte, und die deßhalb aus dem Bereich der feststehenden Fragen und Antworten an den Schluß der legis actio gelegt sein wird.

35. So viel von der legis actio sacramento. Wie nun stellen sich die bisher untersuchten Punkte bei dem dinglichen Sponsionsverfahren?

Es kann kein Zweifel sein, daß die materiellen Fragen, um die es sich handelt, Feststellung der Beklagtenrolle und des Interimsbesitzes, in gleicher Weise fortbehandelt sind. Nur die Form, in die man diese Fragen kleidete, wurde eine andere.

Es muß also auch hier (so wie dies ja auch noch Ulpian für seine Zeit darstellt) zunächst unterschieden worden sein, ob de possessione inter litigatores convenit (mag hiebei die Sitte der deductio moribus noch fortgedauert haben, oder schon die ganz insolenne Vereinbarung an die Stelle getreten sein) oder ob inter ipsos contendatur uter possideat. In Betreff der letzteren Seite der Alternative reicht nun jedenfalls das Sponsionsverfahren in Zeiten, in denen anstatt des für das Legisactionenverfahren supponirten prätorischen Decretum bereits das Interdictenverfahren retinendae

38) Deßhalb sagt Gai. IV. 16: praetor *secundum alterum eorum* vindicias dicebat, i. e. interim *aliquem* possessorem constituebat, worin aber gar nicht liegt (was man darin gefunden hat), daß der Prätor ganz nach Belieben dem Einen oder Anderen die Vindicien hätte zusprechen können.

possessionis zur Feststellung der Parteirolle eingeführt worden war. Beides, die Conventio oder andererseits das Ergebniß des Interdictenverfahrens, sind unzweifelhaft als materiell maaßgebend für die Beklagtenrolle in dem Sponsionsproceß anzusehen. Daß aber hiebei noch manus consertae d. h. die solenne Fixirung dieses materiell schon Feststehenden fortgedauert haben sollten, ist durchaus unwahrscheinlich. Also auch ein eingänglicher prätorischer Spruch: mittite rem ist als formell gesprochen nicht anzunehmen. Wohl aber kommt hier in Betracht, daß dies mittite nur die eine Seite der prätorischen Verfügung ist, deren andere Seite die Vindicienertheilung bildet. Da aber die Hinausschiebung dieser letzteren in die vierte Stelle wohl nur darin seinen Grund hatte, daß man den solennen Gang der legis actio nicht durch factische Verhandlungen unterbrechen konnte und da diese Fessel für das Sponsionenverfahren nicht mehr existirte, so liegt es sehr nahe, die Reihenfolge der einzelnen Punkte folgendermaßen sich verändert zu denken:

1) materielle Feststellung des Besitzes und der Beklagtenrolle durch conventio oder Interdictum retinendae possessionis, — maaßgebend für Nr. 2.;

2) formlose Vereinigung dessen, was im Legisactionenverfahren in die manus consertae und die Vindicienertheilung auseinanderfiel. Da nun aber die manus consertae eine bloße auf Nr. 1. fußende Solennität waren, da ferner ein besonderer förmlicher prätorischer Spruch über den Interimsbesitz in einem formlosen Verfahren, wie hier, gar nicht nöthig war, indem der Interimsbesitz einfach durch Nr. 1. (resp. durch die gesetzlichen Ausnahmen) schon feststand, und nur im Uebrigen noch von der Regelung der Caution ab-

hing, — so blieb als einziger äußerlich noch hervortretender Punkt diese Regelung der stipulatio pro praede litis et vindiciarum übrig:

3) an Stelle des sacramento contendere das provocare sponsione (Gai. IV. 93.).

Diese Veränderung, daß, während im Legisactionenverfahren die Stellung der praedes dem sacramento contendere nachfolgte, nun im Sponsionsverfahren die stipulatio pro praede litis et vindiciarum der Sponsion vorausgeht, wird in der That durch Cicero bestätigt.

Verr. II. 1. §. 115: lege ageret in hereditatem: aut, *pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset*, sponsionem faceret: ita de hereditate certaret.

36. Nunmehr läßt sich beurtheilen, ob sich aus der Zusammenstellung der bonorum possessio und des Interdictum quorum bonorum mit den Interdicta retinendae possessionis und den manus consertae für den Ursprung der bonorum possessio irgend Etwas gewinnen läßt.

Zunächst sucht Hingst seine Ansicht dadurch als eine völlig selbständige und von der Fabricius'schen unabhängige hinzustellen, daß er besonders betont, die Interdicta retinendae possessionis und ebenso die Ertheilung der bonorum possessio hätten mit den Vindicien gar nichts zu thun: „bonorum possessionem nihil cum vindiciis commune habuisse, itaque neque interdicta retinendae possessionis ex vindiciis orta esse debent;" — „perspicuum est vindiciarum datione non partes petitoris et possessoris distribui." Nach der vorher gegebenen Erörterung wird

sich dies auf das richtige Maaß zurückführen lassen. Es ist richtig, daß in der Vindicienertheilung keine Entscheidung über die Parteirolle gegeben wird, ja umgekehrt (was Hingst nicht erkennt): die schon vorher festgestellte Parteirolle ist regelmäßig für die, keineswegs in dem beliebigen Ermessen des Prätors stehende Vindicienertheilung das Maaßgebende. Doch aber steht nun wiederum fest, daß die bei der Vindicienertheilung zu erledigende Stellung der praedes die Bedingung ist, unter der alle vorhergehenden Acte über die Parteirollen stehen, und also, wenn der Beklagte die praedes nicht stellt, die Translation des Besitzes an den sie stellenden Kläger, und damit die Umkehrung der Parteirollen stattfindet. Also die Vindicien sind keineswegs ohne allen Zusammenhang mit der Parteirollenfrage.

Die Interdicta retinendae possessionis und das Interdictum quorum bonorum sollen nun aber nach Hingst zusammenhängen mit den manus consertae der legis actio. Jedenfalls kann dies nicht so verstanden werden, daß in den manus consertae eine prätorische Verfügung gegeben sei, aus der allmälig die bonorum possessio in der Gestalt, wie sie uns bei Cicero entgegentritt, herausgewachsen sei. Denn erstlich steht dem entgegen, daß Cicero ausdrücklich sagt (was zu bezweifeln kein Grund vorliegt), daß die bonorum possessio der civilrechtlichen Klassen von jeher die Gestalt gehabt habe, wie sie auch noch zu seiner Zeit tralaticisch bestand. Also da doch jedenfalls in den manus consertae eines Erbschaftsprocesses der Ciceronischen Zeit keine bonorum possessionis datio enthalten war, so kann dies Institut sich auch nie aus den manus consertae entwickelt haben. Zweitens ist aber, auch abgesehen von Cicero's Zeugniß, die Sache innerlich unmöglich. Denn

damit die bonorum possessio, die jedenfalls eine prätorische Besitzzutheilung ist, aus den manus consertae hervorgegangen sein könne, dazu würde gehören, daß in den manus consertae überhaupt eine prätorische Besitzzutheilung sich finden ließe. Das ist aber überall nicht der Fall. Die manus consertae enthalten nur die Verfügung: mittite ambo rem, wodurch die Interimsbesitzfrage von der über die Parteirolle abgelöst wird. In dieser prätorischen Verfügung aber den ursprünglichen Keim der bonorum possessionis datio oder des Interdictum quorum bonorum finden zu wollen, ist doch ganz undenkbar. Vielmehr steht in dieser Hinsicht die Fabricius'sche Ansicht der Hingst'schen weit voraus, und man muß einräumen, daß, abgesehen von allem weiter Entgegenstehenden, die Fabricius'sche Combination der bonorum possessionis datio mit den entschieden eine prätorische Besitzzutheilung enthaltenden Vindicien auf den ersten Blick etwas höchst Gewinnendes hat.

Also ein directes Herauswachsen der Ertheilung der bonorum possessio aus den manus consertae ist eine Unmöglichkeit. Es bleibt nur noch übrig anzunehmen, daß der historische „Zusammenhang" (cohaerent) der bonorum possessio mit den manus consertae ein bloß mittelbarer gewesen sei, so wie die Beziehung zwischen den manus consertae und den Interdicta retinendae possessionis. Also folgendermaßen: wenn zwischen zwei Litigatoren *contendatur uter possideat*, quia alteruter se magis possidere affirmat, so werden sie ad interdictum uti possidetis remittirt. Und das in diesem Interdictenverfahren gewonnene Resultat ist dann maaßgebend für die solenne Constatirung der Parteirollen in den manus consertae. Finden sich

nun hiefür in der bonorum possessio, so wie sie uns aus der Ciceronischen Zeit entgegengetreten ist, die parallel liegenden Anknüpfungspunkte?

In der That muß man sagen, daß umgekehrt von dem Allen sich gerade das Gegentheil uns aufdrängt:

1) Zunächst haben wir, ich möchte sagen, die wörtliche Widerlegung im Cicero vor uns. Beim Interdictum uti possidetis entscheidet der Umstand: *uter possideat*, also die nackte Thatsache des Besitzes. Wäre in dieser Weise die Erbfrage behandelt worden, so müßte demjenigen die Beklagtenrolle und die bonorum possessio gegeben worden sein, der sich zuerst in den Besitz der Erbschaft gesetzt hatte, also dem pro herede Usucapienten [39]). Die Streitfrage im Interdictum quorum bonorum hätte sich dann lediglich darauf bezogen, ob ein anderer Erbprätendent, der ebenfalls den Besitz-Animus in Betreff der Erbschaft documentirte, mit dieser Behauptung Recht habe oder nicht. Daß aber die Frage bei der bonorum possessio gerade entgegengesetzt liegt, bezeugt wörtlich Cicero, indem er den Verres anklagt, eben nach dieser falschen Richtung hin sein Edict eingerichtet zu haben:

Verr. II. 1. 116: Jam quid id ad praetorem, (d. h. hier in dem edictum de hereditate, während in der Frage vom Besitz einzelner Sachen der Standpunkt der ganz richtige ist) *uter possessor sit?* nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse *oporteat? Ergo quia possessor est, non moves possessione* [d. h. nach dem tralaticischen Edict wird einfach der

39) D. h. also, der Prätor würde diesen nicht possessione moviren, und ihn im Interdictum quorum bonorum siegen lassen.

possessor oder Proherede-Usucapient vom bonorum possessor durch das Interdictum quorum bonorum aus der possessio movirt; Du Verres machst es umgekehrt], si possessor non esset non dares. Wie Hingst gerade diese Ciceronischen Worte für seine Ansicht anführen kann („ex iis verbis supra dicta illustrantur"), ist mir nicht verständlich.

Hingst kann auch nicht, wie er thut, zu seinem Schutz anführen, daß dies nur Unterschiede seien, die den Kern der Sache nicht träfen, sondern nur nebensächlich sich aus dem Gegensatz von Eigenthum und Erbrecht erklärten, wobei doch „universe *eandem naturam* habet initio Interdictum quorum bonorum atque illa retinendae possessionis." — Was Anderes ist es denn etwa, als eben die innerste „Natur" des Interdictum uti possidetis, daß gefragt wird: *uter possideat* quia alteruter se magis possidere affirmat? Und beim Interdictum quorum bonorum ist gerade nicht die Frage uter possideat, die, wie ich vorher angab, hier auch ebenso gestellt werden könnte[40]),

40) Wenn Niemand bonorum possessio erbeten hat, und eine controversia hereditatis sich erhebt, indem der Eine Besitz ergriffen hat, der Andere aber seinerseits ebenfalls Besitzer der Erbschaft zu sein behauptet, und es nun zum lege agere in hereditatem kommen soll, so liegt der ganz parallele Fall vor, indem auch hier erst die Besitzfrage erledigt sein muß. Vgl. jenes fr. 62. de iudic. in Ziff. 28. Die Frage wird nicht oft vorgekommen sein, weil einerseits es herrschende Sitte wurde, bonorum possessio zu erbitten, und andererseits, wo dies unterblieb, die Besitzfrage bei Erbschaften meist factisch so constatirt sein wird, daß der Eine dem Anderen leichter in Betreff derselben weicht, also die Parteirolle *ex conventu* inter litigantes fest-

und wobei der Gegensatz von Eigenthum und Erbrecht gar kein Hinderniß abgeben würde. Es steht vielmehr fest, daß der Proherede-Usucapient allein der Besitzer, der Kläger umgekehrt der Nichtbesitzer ist. Nicht also handelt es sich, was eben das Wesen des Interdictum uti possidetis der älteren Zeit ist, um ein duplex iudicium, bei dem der Prätor nach beiden Seiten hin befiehlt vim fieri veto. Nicht wird auf Grund dieses Spruches dann von beiden Seiten zu Sponsionen (nebst Restipulationen) provocirt und daraus geklagt, und also möglicherweise der Eine oder der Andere condemnirt; sondern es ist lediglich ein simplex iudicium in Frage, bei dem der Grund der Klage der ist, daß Kläger vom Prätor rechtzeitig die bonorum possessio erhalten hat, und daß danach der eigenmächtige Sachbesitzer ihm den Besitz der corpora hereditaria restituiren soll. Die „Natur“ des Uti possidetis der älteren Zeit ist in der That: Feststellung des streitigen Besitzes für's Petitorium, weil eben beim Petitorium man nothwendig zu-

steht. Solchen Proceß, wo die Parteirolle factisch schon feststeht, hat Cic. de or. I. 175. vor Augen: quae potuit igitur esse causa maior quam illius militis etc. — Denkbar bleibt dabei freilich immer ein Fall, wo Keiner dem Anderen weichen will, und dann wird schwerlich etwas Anderes anzunehmen sein, als daß (in Folge der Nothwendigkeit, die fr. 62. cit. andeutet) der Prätor nicht etwa den Einen zwang, erst noch b. p. zu erbitten (denn ein remittere ad b. poss. giebt es nicht), sondern so wie beim Eigenthumsproceß vor Einführung des Int. uti poss. auf Grund eigener *causae cognitio* über den Besitz entschied, und so die Proceßrollen für's Petitorium regulirte.

nächst wissen muß, wer derjenige sein soll, *qui prior vindicat*. Und Hingst giebt selbst (p. 112.) zu, daß, ehe in dieser Hinsicht das Interdictenverfahren bestand, in der Legisactionenzeit an dessen Stelle wahrscheinlich schon der Prätor selbst zur Feststellung der Parteirollen den Grundsatz: si nec vi nec clam nec precario alter ab altero possedisset zur Geltung gebracht habe.

Bei der bonorum possessio ist Alles anders. Es handelt sich nicht darum, daß ein *petitorium* bereits vorbereitet wird [41]), und hiebei nun zunächst sich herausstellt, daß die Parteien auch nicht einmal in Betreff des Besitzes zu einer conventio gelangen, und demgemäß ad Interdictum remittirt oder (in der Legisactionenzeit, vor Einführung des Interdictenverfahrens) unmittelbar durch causae cognitio und Decret des Prätors auseinandergebracht werden. Es sind bei Ertheilung der bonorum possessio keine petitorischen *litigatores*. Einseitig geht Einer, der vielleicht von anderen Erbprätendenten gar nichts weiß, zu einer Zeit, wo von einem Petitorium möglicherweise noch gar nicht die Rede ist, wo also rücksichtlich der Erbschaft und des Erbschaftsstreites noch völlig Alles im Ungewissen ist (si de hereditate *ambigitur*), — zum Prätor. Er erbittet sich die bonorum possessio, realisirt sie gegen

41) Fr. 1. §. 3. uti poss. 43. 17: quoties *est proprietatis controversia*. Dies muß in Betreff der b. p. v. Bethmann-Hollweg (s. ob. Ziff. 28. A. 12a) voraussetzen, indem er (wenngleich er die Zusprechung des Besitzes „sofort nach dem Tode" annimmt) dem Int. quor. bon. doch lediglich die Bedeutung beilegt, daß dadurch der Besitzstand während des Erbschaftsstreites ursprünglich geordnet worden sei.

den, den er als factischen Occupanten antrifft, mit dem Interdictum quorum bonorum. Möglicherweise ist damit die ganze Sache zu Ende, denn wenn auch jedem anderen Prätendenten die hereditatis petitio offen steht, so hängt dies doch mit der bonorum possessio und dem Interdictum quorum bonorum gar nicht zusammen, und es ist ebenso möglich, daß eine hereditatis petitio gar nicht angestellt wird.

Also beim Interdictum uti possidetis sind nöthig:

a) zwei litigatores;

b) und zwar muß proprietatis controversia sein;

c) und zwar werden nun für diese proprietatis controversia die Parteirollen festgestellt.

Bei der bonorum possessio sind:

a) nicht nöthig zwei bestimmte litigatores, sondern nur einseitiges Auftreten;

b) es wird nicht erfordert, daß schon hereditatis controversia existire, von der die litigatores ad Interdictum bezüglich bonorum possessionem remittirt würden. (vgl. Ziff. 22. A. 83. a. E.)

c) In der ertheilten bonorum possessio und dem Interdictum quorum bonorum liegt gar nicht bloß, wie beim Interdictum uti possidetis, Feststellung der Parteirolle, also Ermittlung der Frage, ob der Betreffende die Erbschaftsgegenstände im Besitz habe. Vielmehr liegt in ihr ein Plus (schon zu Cicero's Zeit und so auch vorher), nämlich die Gewährung der prätorischen Universalsuccession: die bonorum possessio ist nicht bloß rei, sondern *iuris possessio* [42]). Deßhalb erscheint, während das Inter-

42) Nur in dem besonderen Falle der Carboniana b. p. ist die hereditatis controversia in der That Voraus-

dictum uti possidetis der älteren Zeit innerlich lediglich Einleitung für den nachfolgenden Vindicationsproceß ist, die bonorum possessio (auch wenn hinterdrein die hereditatis petitio folgt, und darin nun freilich der bonorum possessor die Beklagtenrolle übernimmt — Ziff. 28. —) nie unter dem juristischen Charakter einer bloßen Einleitung für den Erbschaftsstreit. Sie bleibt etwas in sich immer völlig Selbständiges, mag ihr eine hereditatis petitio folgen oder nicht.

setzung; fr. 6. §. 3. de Carb. ed. 37. 10.: ita demum autem huic edicto locus est, si status et *hereditatis controversia* sit: vgl. oben Ziff. 34. A. 36. Daß aber die bonorum possessio an sich eine ganz andere Bedeutung als Parteirollenvertheilung bei der hereditatis petitio hat, tritt gerade hiebei ganz besonders deutlich in der Vorschrift hervor, daß neben der b. p. Carboniana noch immer die ordinaria b. p. erbeten werden muß; fr. 3. §. 15. de Carb. ed: Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam bonorum possessionem accipere, verum etiam ordinariam agnoscere. Die bonorum possessio ist von Anfang an ein „praetorio iure in locum defuncti succedere" (Ziff. 23. A. 86.) gewesen. Wer dies „ordinäre prätorische Successionsrecht" erlangt hat, der hat damit implicite regelmäßig auch die Beklagtenrolle bei einer entstehenden hereditatis controversia; aber wenn nun umgekehrt der Prätor wegen einer besonderen ihm nöthig scheinenden Präsumtion in der Carbon. b. p. die Beklagtenrolle für die her. controversia feststellt, so ist damit das von Anfang an Mehren in einer Reihenfolge hintereinander zugesagte praetorio iure succedere noch nicht gedeckt, und so kommt man von selbst zu der Forderung, daß in diesem „ordinären" Regulirungswege der prätorischen Succession auch noch bonorum possessio erbeten werden muß.

37. — 2) Cicero bezeichnet es als das Wesen der bonorum possessio, daß es darauf ankomme: quaeri utrum possessorem esse *oporteat*. Hingst will die bonorum possessio ebenso wie die Interdicta retinendae possessionis aus den manus consertae und dem Zweck der Parteirollenregulirung erklären. Danach ist er gezwungen, beide: den Sachbesitz einerseits und die bonorum possessio andererseits als rücksichtlich der für Beide nöthigen Legitimation möglichst auf gleicher Stufe stehend darzustellen[43]). Dabei wird aber in der That nach beiden Seiten hin den Dingen Gewalt angethan.

a) Rücksichtlich des Interdictenbesitzes. Hingst sagt, beim Interdictenbesitz wird *non omnis possessio* comprobirt. Der Besitzer eines Grundstücks, der sein Eigenthum vielleicht nicht beweisen kann, wird dejicirt. Gäbe es nun keine Besitzinterdicte, sondern nur rei vindicatio, so würde derselbe, da er sein Eigenthum nicht beweisen kann, vor dem gewaltsamen Besitzer die Segel streichen müssen. Nun aber in den Interdicten: „adimit praetor raptori possessionem, quam *domino* restituit". — Hiegegen ist zu bemerken, daß Hingst damit die wirkliche Bedeutung der possessio völlig verschiebt. Er supponirt ganz willkürlich als possessor den *dominus*[44]), und legt die Bedeutung der Interdicte darein, daß diesem ohne die Schwierigkeiten der rei vindicatio ein Rechtsschutz in Betreff der Sache gewährt werde. Aber bekanntlich ist die posses-

43) L. c. p. 111. „*Utrumque* hoc institutum commune habet, *ut non omnem possessionem comprobet.*"

44) Um einen Parallelismus mit der bonorum possessio herauszubringen, wo der *heres* der zunächst Berechtigte ist.

sio völlig separata a proprietate, und der Punkt, daß non omnis possessio a praetore comprobatur, besteht ja nur darin, daß — während adversus extraneum (gegen dritte Personen) sogar der Dieb und Räuber in seinem Besitz geschützt wird, — gegen den *adversarius* allerdings der vitiöse Besitz nicht in Betracht kommt. Diese Dinge sind zu sehr festgestellt, um hier noch weiterer Exposition zu bedürfen. Wie aber kann man nun dies prätorische Requisit des Einzelbesitzes, daß der ab adversario vitiöse Besitz nicht a praetore comprobirt wird, mit den ursprünglichen prätorischen Klassen der bonorum possessio zusammenstellen? Der Agnoscent der bonorum possessio muß sich als einen den civilrechtlichen Erbklassen Angehörigen legitimiren, wobei es für uns ganz gleichsteht, ob diese Legitimirung gleich bei Erbittung der bonorum possessio oder hinterdrein bei der Durchführung des Interdictum quorum bonorum erfolgen mußte. Jedenfalls muß in der That eine Legitimirung auf Grund des petitorischen Rechts erfolgen, und sollte in dieser Hinsicht ein Parallelismus mit dem Interdictenbesitz bestehen, so müßte bei dem Interdictum retinendae possessionis eine Berufung auf das Eigenthum erfordert werden.

b) Hingst fühlt dies auch. Deßhalb springt er nachher ab, und sucht die Parallele zwischen bonorum possessio und Sachbesitz auf andere Weise durchzuführen. Er sagt: der Prätor beschloß, daß der Erbschaftsbesitz nicht mehr vom Zufall abhängen, sondern auf Grund eines gewissen titulus erworben werden solle. Ebenso wie nach Stintzing's Ansicht nicht von Anfang an bona fides und iustus titulus zur Usucapion erforderlich war, aber allmälig durch den Prätor in's Ei-

vilrecht eingeführt worden sei, so habe auch für die hereditatis possessio der Prätor den titulus eingeführt.

Zunächst ist der Vergleich des Usucapionstitels mit den Gründen der bonorum possessio nur ein hinkender. Während jener eine rechtliche Thatsache ist, abgeleitet vom dominus bei formell mangelhaftem Erwerbe (Tradition der res mancipi) oder abgeleitet vom non dominus, mit einer Wirkung zum Ausschluß des *dominus*, so handelt es sich gerade umgekehrt bei der bonorum possessio um die Legitimirung des dominus (heres) selbst. Aber auch wenn man dies bei Seite rückte, und für den Hingst'schen Parallelismus in den kurzen Worten des späten Isidor [die doch nichts sagen, als daß die bonorum possessio in bestimmter Reihenfolge und auf der Basis bestimmter berechtigender Gründe erworben werde] eine Bestätigung finden wollte, — so wird doch damit für die eigentliche Hingst'sche Ansicht, daß die bonorum possessio wie die Interdicta retinendae possessionis aus den manus consertae zur Feststellung der Parteirollen hervorgegangen sei, nicht das Geringste gewonnen. Im Gegentheil zertrümmert Hingst hier sein eigenes Gebäude. Die Interdicta retinendae possessionis sind in der That zur Feststellung der Parteirollen eingeführt worden, und natürlich für den Sieger ist im Interdictum retinendae possessionis nicht von einer Legitimirung durch iustus titulus die Rede. Also zeigt Hingst selbst, indem er dem gegenüber hervorhebt, daß zur Erlangung der bonorum possessio eine Legitimirung gleichartig dem iustus titulus der Usucapion erfordert werde, — daß es sich bei der bonorum possessio um etwas völlig Anderes handelt, als um die durch Interdictum retinendae possessionis hergestellte, auf dem

Grunde der nackten Thatsache des Besitzens ruhende Feststellung der Parteirollen.

3) Hingst unterläßt endlich gänzlich, bei der bonorum possessio das zu betonen, was doch gerade die Hauptsache ist, und wodurch sie sich von aller bloßen possessio und bonae fidei possessio oder Usucapionsbesitz so völlig unterscheidet. Der Interdictenbesitz ist bloßes Haben auf Grund des eigenen unabhängigen Willens, und das genügt, wo es sich nur darum handelt, den Beklagten für den Eigenthumsproceß festzustellen [45]). Die bonae fidei possessio und der Usucapionsbesitz ist das Haben aus gerechtfertigtem Acte aber aus unberechtigter Quelle, sei es vom non dominus her, sei es vom nicht richtig veräußernden dominus. Also Interdictenbesitz und bonae fidei possessio sind doch beides Besitzzustände, die auf eigenem rein privatem Acte beruhen. Die bonorum possessio aber ist ein magistratisches *beneficium*. Sie enthält ein besonderes Eingreifen des Prätors und der Provinzialmagistrate, um die Regulirung der Erbangelegenheit zur Erledigung und Förderung der verschiedensten dabei in Betracht kommenden Interessen in die Hand zu nehmen. Wie verschieden sind schon diese Gesichtspunkte in den Provinzen und in Rom; und doch konnte, wie Cicero

45) Gerade weil dies die altherkömmliche Auffassung der Römer war, erklärt es sich, daß sie verhältnißmäßig erst so spät (bei der formula petitoria) zu dem Ergebniß gelangten, daß auch der bloße detentor mit der rei vindicatio belangt werden könne. fr. 9. de rei vind. 6. 1. — In der früheren Zeit mußte der Gegner dessen, qui prior vindicat, auch seinerseits sagen: rem meam esse aio, also damit den animus domini bethätigen.

angiebt, wörtlich dasselbe Edict über die bonorum possessio in Sicilien und in Rom bestehen. Also die bonorum possessio ist eingerichtet als ein Organ, womit der Magistrat den mannigfachsten Bedürfnissen gerecht werden kann. Die Reducirung der bonorum possessio auf die Parteirollenregulirung für's Petitorium ist demnach, geradeso wie die Fabricius'sche Vindicienertheilung, ein viel zu ärmlicher Standpunkt. Freilich wird, wenn der Prätor Jemandem sein Beneficium ertheilt, damit auch die Beklagtenrolle für's Petitorium entschieden [46]). Aber für die Einrichtung dieses

46) Bisher ist übrigens in dieser Hinsicht noch nirgends, so viel ich weiß, die Frage aufgeworfen worden, wie sich die Sache verhalten habe, wenn Jemand die bonorum possessio erhalten hat, aber, noch ehe er durch eigenmächtige Besitzergreifung oder durch seine prätorischen Rechtsmittel sich in den Besitz der Erbschaft gesetzt hat, ein Anderer mit der hereditatis petitio gegen ihn auftreten will, nun aber der b. por wegen des drohenden Erbschaftsprocesses, auf den er sich nicht einzulassen Lust hat, alle factische Besitzergreifung oder Geltendmachung der prätorischen Rechtsmittel unterläßt. Wenn man der Ansicht ist, die bonorum possessio enthalte gerade wesentlich die Feststellung der Parteirolle, so ist man natürlich gezwungen zu sagen, es habe auch gegen diesen bonorum possessor die hereditatis petitio angestellt werden müssen. Und doch wäre dies Resultat ein durchaus wunderliches. Die hereditatis petitio geht gegen den wirklichen Besitzer und später auch die ficti possessores; zu beiden gehört aber dieser bonorum possessor nicht. Und gerade dies gewährt den Rückschluß, daß auch die ertheilte bonorum possessio die Beklagtenrolle nur unter der meist allerdings selbstverständlichen Voraussetzung entscheidet, daß der ertheilten bonorum possessio

Instituts der bonorum possessio kommen außerdem noch viele andere Motive und Rücksichten in Betracht. Und andererseits müßte, wenn gerade die Parteiregulirung das eigentliche ursprünglich treibende Motiv gewesen wäre, die Sache doch so eingerichtet worden sein, daß dieser Punkt dann durch die bonorum possessio gedeckt und erledigt würde. Während wir nun aber schon von vorn herein die Regulirung ex conventu ausscheiden mußten, so steht auch bei streitigem Besitz die bonorum possessio nie so wie das Interdictum retinendae possessionis, welches letztere in der That den Fall deckt. Von den streitenden Parteien im Uti possidetis gilt vollkommen der Satz: ad interdictum *remittuntur*. Beim Erbschaftsproceß aber werden die Parteien nicht ad bonorum possessionem, die ein Gegenstand freiwilliger Erbittung eines Beneficiums ist, (Ziff. 22. A. 83.) remittirt. Also es konnten auch viele Erbschaftsprocesse vorkommen, bei denen keine bonorum possessio erbeten war und bei denen die Parteirollen ohne bonorum possessio regulirt werden mußten[47].

auch die factische Besitzerlangung gefolgt ist. — In den Quellen kommt diese Frage meines Wissens nur rücksichtlich der b. p. Carboniana zur Sprache; fr. 14. de Carb. ed.: impubes qui bonorum possessionem ex Carboniano *accepit, si, antequam possessio ad eum translata fuerit,* pubes factus sit. (s. oben Ziff. 24. A. 36.). Aber die Entscheidung dieser Stelle, daß nämlich hier nicht der Gegner gegen den bonorum possessor Carbonianus die hereditatis petitio anzustellen, sondern Letzterer zu klagen hat, muß doch auf allgemeinen Gründen ruhen, die, auch über die b. p. Carboniana hinaus, überhaupt für die bonorum possessio gelten.

47) Es ist deßhalb auch nicht richtig, allgemein in Betreff der Parteirolle und ebenso in Betreff der Vindicien-

So ist denn nun auch beim Eigenthumsproceß und bei Erbittung der bonorum possessio Alles völlig verschieden. Beim Eigenthumsproceß handelt es sich um Feststellung der Besitzfrage im Gegensatz zur Eigenthumsfrage (separata esse debet possessio a proprietate). Bei der Erbfrage handelt es sich um Zusammenfassung der Besitz- und Rechtsfrage durch die in eigenthümlicher Weise dies dirigirende Hand des Magistrats. Dort heißt es: der Besitz wird geschützt ganz ohne Rücksicht auf's Eigenthum; hier heißt es: er wird vom Prätor verliehen mit Rücksicht auf das oportet [d. h. verliehen auf Grund des Rechts, wenn auch nicht nothwendig des nächsten Rechts; ein Begriff, der im Erbrecht wegen der verschiedenen

ertheilung zu sagen (Rudorff Rechtsgeschichte II. §. 36. A. 9.): „bei der vindicatio hereditatis (erfolgte die Entscheidung des Magistrats) nach dem Grundsatze der b. p., id quaeri oportet utrum possessorem esse *oporteat.*“ War keine b. p. erbeten (so daß also dadurch nicht schon Parteirolle und Vindicien implicite mitentschieden waren), so handelte es sich um einen gewöhnlichen Erbschaftsproceß (vgl. Ziffer 36. A. 40.). Dabei wird gewiß nicht noch eine Verwendung der Grundsätze der b. p., sondern lediglich die Unterscheidung wie bei den Einzelvindicationen eingetreten sein: ob inter litigatores de possessione *convenit* oder nicht; und im letzteren Fall wird für die Zutheilung der Beklagtenrolle und regelmäßig auch der Vindicien die prätorische Cognition lediglich darauf gerichtet gewesen sein, wer unter den beiden über den Besitz Streitenden in Wahrheit als der factische Besitzer anzusehen sei. Also hier heißt es nicht: utrum possessorem esse *oporteat*, sondern in der That lediglich: *uter possessor sit.*

hinter einander stehenden Klassen von großer Wichtigkeit ist, während er parallel im Eigenthumsrecht gar nicht vorkommen kann]. Dort wird nur der bestehende Zustand festgehalten, (retinendae und recuperandae); hier umgekehrt in Folge des magistratischen Eingreifens aufgehoben und ein anderer an seine Stelle gesetzt (adipiscendae), und zwar nicht auf dem Wege der petitio, sondern der Gewährung der possessio auf petitorischem Grunde. Dort Bewahrung des status quo ante; hier umgekehrt Herstellung eines neuen status.

Das Resultat ist also, daß die Erklärung der bonorum possessio aus der Feststellung der Parteirollen, und damit die Ableitung aus den manus consertae [48])

48) Auf den ersten Blick könnte man meinen, daß mit dieser Hingst'schen Ansicht (wenigstens nach einer Seite hin) die von Ad. Schmidt (Form. Recht der Notherben S. 65.) kurz ausgesprochene zusammenträfe. Schmidt bezeichnet nämlich als den bei Einführung der b. p. intendirten doppelten rechtlichen Vortheil für den bonorum possessor, einerseits die Lage des pro herede Usucapirens, und andererseits „daß er — und darauf liegt das Hauptgewicht für den Fall eines nachträglichen Processes um das Erbrecht — der Rolle des Beklagten bei der hereditatis petitio sicher war." Schmidt's Auffassung ist aber darin viel richtiger als Hingst's, daß er hervorhebt, die b. p. werde „vor dem Beginn eines Processes und ohne Anwesenheit des Gegners ertheilt, und beziehe sich, ohne Rücksicht auf zwei streitende Parteien und die gerade von ihnen besessenen Sachen, „auf alle zur Erbschaft überhaupt gehörigen Dinge." Wenn dann weiter Schmidt die ursprüngliche b. p. für „eine vorläufige Repräsentation des heres" erklärt, so bin ich damit ganz einverstanden. Wenn er aber fortfährt, daß sie

sowie die Parallelisirung mit den Interdicta retinendae possessionis unhaltbar ist. Diese Erklärung knüpft allerdings an den richtigen Punkt an, daß wenn bonorum possessio erbeten worden und dann auch der reelle Besitz der corpora hereditaria erlangt war, damit nun auch für einen etwa nachfolgenden Erbschaftsproceß diese Beklagtenrolle als festgestellt erschien. Aber sie ist eine ganz unzureichende, um den Inhalt des ganzen Instituts der bonorum possessio zu erklären, und den Ursprung der bonorum possessio aus diesem Momente denkbar zu machen.

§. 1598 c.

Zusammenhang der bon. poss. mit der pro herede usucapio.

38. Sind schon die Beziehungen der bonorum possessio zum Proceßregulirungsverfahren für das Verständniß des prätorischen Erbsystems von Interesse, so erscheinen in dieser Hinsicht die Relationen unseres In-

„vom Prätor eingeführt wurde des heres wegen", so faßt er damit (wie der weitere Verlauf unserer Darstellung ergeben wird) die Aufgabe des Instituts zu eng. Und speciell die Auffassung, daß sie „dem wahrscheinlichen heres zugetheilt wurde", ist mit den Quellen nicht vereinbar, wie dies unten an den betreffenden Stellen noch genauer hervorzuheben sein wird. s. Ziffer 89. A. 71. und Ziff. 95. A. 2. — Auch v. Bethmann-Hollweg Civilproceß I. (1864.) S. 144. ist der Ansicht, daß die b. p. in ihrer ursprünglichen Gestalt „Einem der sein Erbrecht wahrscheinlich machte oder sich als Angehörigen des Erblassers (cognatus u. s. w.) auswies" gegeben worden sei.

stituts zur pro herede usucapio von noch ungleich größerer Bedeutung. Die pro herede usucapio ist eine höchst merkwürdige Rechtsgestaltung, deren Wichtigkeit für das römische Erbrecht uns erst durch Gaius klar geworden ist. Seit der Auffindung des Gaius ist es die Aufgabe der Wissenschaft gewesen, dies nun deutlicher uns entgegentretende Rechtselement mit dem gesammten Material des Corpus Juris, in dem wir vielfache Influenzen der älteren pro herede usucapio entdecken können, sorgfältig zu verarbeiten [49]). Die Folge davon ist eine bedeutend erweiterte Einsicht in wichtige Partieen unseres Rechts, und vorzugsweise gehört zu diesen Partieen das hier zu bearbeitende Institut der bonorum possessio.

Es sind nicht weniger als sechs Fragen von übrigens sehr ungleicher Umfänglichkeit, in die der Stoff dieses §. zerlegt werden muß. Zunächst ist in kurzen Zügen die ältere Periode der pro herede usucapio, in der sie eine Erbrechtsusucapion enthielt, vorauszuschicken; und daran eine Untersuchung über die Pontificaledicte der Römer in Betreff der Prästationspflicht der Sacra zu knüpfen. Hierauf ist die spätere Periode der pro herede usucapio darzustellen, so wie sie als eine Usucapion einzelner Erbschaftssachen in das classische

49) Wenn auch die Darstellung der Lehre von der pro herede usucapio in diesem Commentar an sich einem anderen Orte (D. 41. 5.) angehören würde, so ist es doch unumgänglich nöthig, sie (abgesehen von kleinen abtrennbaren Nebenfragen, sowie von der Frage über die Geltung der pro her. usuc. im Justin. Recht) im großen Ganzen mit der von der bonorum possessio zu verbinden, um letzterer sowohl Licht zu geben, wie auch umgekehrt von ihr zu empfangen.

Pandektenrecht hineinragt; und hieran muß sich die wichtige terminologische Frage reihen, wie zu dieser pro herede possessio et usucapio die Begriffe des pro herede und des pro possessore possessor als der Beklagten im Erbschaftsstreit sich verhalten. Endlich ist speciell die bonorum possessio zunächst in einer kurzen Erörterung mit dem Pontificaledicte zusammenzuhalten, sodann aber in eingehender Weise darauf hin zu prüfen, ob ihr Ursprung in der pro herede usucapio gefunden werden könne.

I. Die *pro herede usucapio* als Erbrechtsersitzung. Gaius hat uns die werthvolle deutliche Kunde von einer Einrichtung des alten römischen Rechts gebracht, wonach durch beliebiges Zugreifen zu einer wenn auch fremden Erbschaft man, mittelst eines gleichmäßig auf bewegliche wie unbewegliche Sachen anwendbaren jährigen Besitzes, die hereditas ersitzen konnte.

Gai. II. 54. Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod *olim* rerum hereditariarum possessione *velut ipsae hereditates usucapi credebantur*, scilicet anno: lex enim XII. tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno; ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est: [et] quamvis *postea* creditum sit *ipsas hereditates usucapi non posse*, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.

Diese Schilderung zeigt, daß wir es mit einem Institute des römischen Civilrechts zu thun haben. Es handelt sich hier nicht bloß um eine quasimagistra-

tische Anordnung der Pontifen, es ist wirkliche civilrechtliche Usucapion, gestützt auf eine unbeholfene Interpretation der Zwölftafelworte über die Usucapionszeiten. Wegen dieser an die 12 Tafeln sich anlehnenden Interpretation ist es das Wahrscheinlichste, daß das olim des Gaius, d. h. die ältere Gestaltung der pro herede usucapio, doch immer erst in die Zeit nach den 12 Tafeln zu legen ist. Welches im Uebrigen das dies Institut schaffende Organ gewesen sei, wissen wir nicht.

Ueber den Zweck des Instituts belehrt uns Gaius ausdrücklich:

Gai. II. 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent *qui sacra facerent*, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et *ut creditores haberent* a quo suum consequerentur.

Also die Prästation der Sacra, auf welche in jenen alten Zeiten das größte Gewicht gelegt wurde und deren sorgfältige Wächter die Pontifices waren, und andererseits das Interesse der Zahlung fordernden Creditoren, haben es nach Gaius hervorgerufen, daß man das Erbrecht selbst, als ideelles unkörperliches Ding, für in einem Jahre usucapirbar erklärte. Aber man blieb immer dabei, zu fordern, daß die Usucapion der ideellen hereditas durch die körperliche possessio der res hereditariae („rerum hereditariarum possessione“ Gai. l. c.) vermittelt werde. Hatte man diese Usucapirbarkeit des Erbrechts einmal zugegeben, so war die Haftung für die sacra und für die Schulden nichts Besonderes mehr, sondern einfach die Consequenz des den Uebergang der incommoda in sich fassenden Begriffs der per universitatem successio. Wegen der großen

Bedeutung des mit dem Interesse der Creditoren auf die Schulden-Zahlung in der älteren Zeit parallel gehenden Interesses der Pontifices auf die Prästirung der sacra, muß im Folgenden — zur Gewinnung des vollen Verständnisses der pro herede usucapio und der bonorum possessio — auf die rechtliche Ordnung dieser sacralen Pflicht durch die Pontifices genauer eingegangen werden.

Indem die Pflicht zur Prästirung der sacra ein Ausfluß des Begriffs der per universitatem successio (ganz ebenso wie die Pflicht zur Schuldenzahlung) ist, und man gerade, um an Stelle des nicht antretenden berufenen heres einen Träger dieser Pflicht zu gewinnen, das Erbrecht für usucapirbar erklärte, so ist daraus mit Nothwendigkeit ein Rückschluß geboten. Der berufene heres, an dessen Stelle der Proherede-Usucapient eintreten sollte, muß als für die sacra ebenso wie für die Schulden in Gemäßheit des Begriffs der Universalsuccession haftend angesehen werden. Wir werden alsbald, als von den Pontifices eingeführt, ein ganz anderes Rechtsprincip auftreten sehen, daß nämlich der die sacra zu prästiren habe, an den die materiellen commoda des Vermögens, die *pecunia*, gelangen. Um so mehr ist zu betonen, daß dem alten Civilrecht, welches stets die Grundlage der weiteren Entwicklung gebildet hat und als solche auch von den Pontifices immerfort anerkannt worden ist, dieses Pecuniarprincip völlig fremd ist.

1) Der *heres* haftet für die sacra[50]), wie für

50) Die Frage, was diese römischen sacra waren, ist hier nicht zu erörtern. s. darüber meine Bon. Poss. I. S. 13 ff. Becker-Marquardt, Handb. d. röm. Alterthümer IV. (1856) S. 142. ff.

die Schulden, nach altem römischen Civilrechtsbegriff nicht wenn und soweit materielle pecunia in Folge des Erbens an ihn gelangt, sondern auf Grund des im Begriff der Universalsuccession liegenden Eintritts in die Persönlichkeit des Verstorbenen. Die (alsbald weiter darzustellenden) Pontificaledicte, worin im Uebrigen jenes andere Rechtsprincip ausgebaut wird, erkennen dies vollständig an [51]), indem sie voran in der ersten Stelle ihres Edicts, als den schon civilrechtlich nicht erst nach dem Pecuniarprincip Verhafteten den heres namhaft machen:

Aelteres Pontificaledict [52]): „tribus modis adstringi sacris: 1) *hereditate*."

Neueres Pontificaledict: „*heredum* causa iustissima est."

Cicero, der uns diese wichtigen Pontificaledicte aufbewahrt hat, hält übrigens für nöthig, es noch besonders zu betonen, daß der heres hier nicht in Folge des materiellen Pecuniarerwerbes, sondern in Gemäßheit der im Erbewerden liegenden Persönlichkeits-Fortführung die Pflicht zur Prästation der sacra auf sich nehme. Er fügt hinzu:

de leg. II. 19, 48: Nulla est enim *persona*, quae *ad vicem eius*, qui e vita emigravit, *propius accedat* [53]).

51) Nicht richtig Marquardt a. a. O. S. 238., welcher sagt, die Pontifices seien von dem Grundsatz ausgegangen, daß die Sacra auf dem Vermögen lasten und „mit diesem auf den Erben übergehen." — Nicht richtig auch meine Bon. Poss. I. S. 44.

52) Ueber diese Pontificaledicte s. alsbald das Weitere in Ziff. 39. ff.

53) Aehnlich wie Justinian in Nov. 44. pr. dies als

Den Römern ist diese Einrichtung, daß die sacra auf der hereditas liegen, eine so eingewurzelte Volksanschauung gewesen, daß sich das bekannte Sprichwort bilden konnte: sine sacris *hereditas* als Bezeichnung eines schattenlosen Glücks[54]). Der erbliche Uebergang der sacra ist so wenig an den Empfang der pecunia geknüpft, daß er gewissermaßen, als etwas dem erblichen Uebergange der pecunia selbständig Gegenüberstehendes, den Begriff einer eigenen hereditas bildet. So kommt es, daß die Rede pro domo §. 35. von den drei *hereditates* nominis, pecuniae, *sacrorum* reden kann.

Freilich darf man dies nur mit dem Zusatz: „gewissermaßen" sagen. Denn es bleibt im Uebrigen dabei, daß die hereditas der Uebergang der vermögensrechtlichen Persönlichkeit (also der *pecunia* als Einheit gedacht) ist, und daß der heres in die Schulden wie in die Pflicht zu den sacra auf Grund des rechtlichen Herübergehens dieser Einheit eintritt.

Cicero Top. 6. §. 29.: Hereditas est *pecunia.* Commune adhuc: multa enim genera sunt pecuniae. Adde quod sequitur: quae morte alicuius ad quempiam pervenit. Nondum est definitio: *multis enim modis sine hereditate teneri mortuorum*

den im römischen Recht (legibus nostris) begründeten Begriff der Un. Succession bezeichnet: cum tamen legibus nostris *una quodammodo persona* videatur heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit.

54) Marquardt a. a. O. S. 238. A. 23. — Bei den Arpinaten, wird erzählt, habe umgekehrt der Satz gegolten, daß: si quis mortuus est Arpinatis, eius *heredem* sacra non sequuntur. Cato lib. 2. Orig. bei Priscian l. 4. (Putsch Gramm. lat. auct. p. 629.) Savigny Verm. Schr. I. S. 156. A. 3.

pecuniae possunt. Unum adde verbum: *iure* [55]); iam a communitate res disiuncta videtur, ut sit explicata definitio sic: hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. Nondum est satis: adde, nec ea aut *legata testamento* aut *possessione retenta* [56]); confectum est.

55) Mit diesen Worten deutet wohl Cicero auf die verschiedenen Gestaltungen der pro herede usucapio und quasi usucapio (s. darüber unten Ziff. 41. ff.). Der pro herede Occupant hat das Vermögen noch nicht *iure*, sondern er „*tenet*“ lediglich, aber doch in einer Weise, daß eine positiv delictliche Ergreifung (welche schon durch die Worte quae *morte* alicuius ad quempiam pervenit ausgeschlossen wird) nicht vorliegt. Erst durch den Ablauf der Usucapion wird das tenere des Occupanten zu einem juristischen Verhältniß.

56) Es fragt sich, was heißt hier: possessione retenta? Huschke Zeitschr. f. gesch. R. W. XIV. S. 155. bezieht diese Worte auf die pro herede usucapio; aber diese ist wohl schon in dem Vorhergehenden bezeichnet (s. die vor. Note). — Man könnte sie auch auf die b. p. cum re beziehen, aber dem steht entgegen, daß hier offenbar nur von civilrechtlichem Erwerbe die Rede ist, so daß auch das Ausgeschlossene auf civilrechtlichem Boden stehen muß. — Eine andere Erklärung, die Boethius (ed. Orell. p. 329.) giebt, scheint mir ganz gezwungen und unzulässig. — Das Wahrscheinlichste ist mir, daß hier Cicero [ebenso wie in der lex Furia „legatorum nomine *mortisve causa capere*“, und lex Voconia „legatorum nomine *mortisve causa capere*“, Gai. II. 225. 226., die Legate und mortis causa capiones zusammengestellt werden] an die gewöhnliche Form der mortis causa donatio denkt, welche dem Beschenkten schon ausgehändigt ist (also possessione retenta), und doch iure erst *morte* definitiv an den Donatar pervenit.

2) Dem heres ist nun in Betreff der Sacra-Prästirung und Schuldenzahlung gleichgestellt der Usucapient der *hereditas*. Die eigentliche pro herede-usucapio (zum Unterschiede von den quasi-usucapiones, von denen alsbald die Rede sein wird) setzt voraus, daß man, wie Gaius ausdrücklich sagt, rerum hereditariarum possessione dies ideelle Erbrecht ersitzt. Es kann also auch nicht weiter, als der körperliche Sachbesitz reicht, eine danach zu bemessende Quote des Erbrechts ersessen worden sein.

Schwerlich darf man aber rücksichtlich dieser Erbrechtsusucapion den Römern die Anschauung unterschieden, daß sie den auf solche Weise zum Erbrecht Gelangten mit den iure ex testamento oder lege berufenen heredes völlig juristisch identificirt hätten. Huschke hat diese Auffassung adoptirt. Er faßt es ganz so, als wenn es nun drei Arten heres zu werden gegeben habe: durch Testament, durch Gesetz und eine beiden derogirend entgegengesetzte durch Usucapion [57]. Gaius aber unterscheidet ganz genau; er sagt: olim rerum hereditariarum possessione *velut* ipsae hereditates usucapi credebantur. Also der Usucapient ist nicht heres, sondern nur *velut heres*. Es ist freilich schwer, aus so geringen Anhaltspunkten der Quellen sich ein sicheres Bild zu construiren. Aber doch wird man aus dem Geringen, was wir haben, noch wenigstens einige Consequenzen zu ziehen im Stande sein.

Denken wir uns, ein Occupant hat $^1/_3$ der Erbschaftssachen in Besitz genommen und in einem Jahre danach $^1/_3$ der hereditas usucapirt; ihm stehen zwei eingesetzte Erben gegenüber, von denen der eine antritt,

57) A. a. O. S. 153.

der andere ohne anzutreten wegfällt. Hier müßte, wenn wir mit Huschke sagen dürften, „daß der Usucapient auch in allen anderen Beziehungen als wirklicher heres zu betrachten sei", dem Usucapienten auch Accrescenzrecht auf einen Theil der nicht occupirten Quoten zugesprochen werden. Er müßte ferner den beiden antretenden Erben gegenüber auch als Miteigenthümer der nicht von ihm in Besitz genommenen Erbschaftssachen erscheinen (vgl. Huschke S. 159. A. 17.), so daß er nach beendeter Usucapion nun mit den heredes in ein iudicium familiae erciscundae und hinterdrein noch communi dividundo hätte eintreten können.

Das entspricht wohl nicht den Andeutungen unserer Quellen. Der Usucapient ist nicht heres, er wird nur als velut heres behandelt, um nach einer dem reellen Besitz von Sachen entsprechenden ideellen Quote zu den sacralen Pflichten und zur Schuldenzahlung herangezogen zu werden. Was er nicht in Besitz genommen, darüber entscheidet, wofern es nicht noch wieder von Dritten occupirt ist, lediglich das eigentliche ius der heredes.

39. — II. Die Pontificaledicte über die Prästation der Sacra[58]). Der Satz des Civilrechts, wonach der heres als solcher für die sacra haften soll, hat den Pontifices, die für die Erhaltung der sacra zu sorgen hatten, nicht genügt. Sie haben deßhalb über diese Angelegenheit selbständige Anordnung getroffen, und zwar eine ältere und dann eine umgear-

58) Vgl. darüber Savigny Verm. Schr. I. S. 157 ff. (Ueber die jur. Behandlung der sacra privata bei den Römern). Meine Bonor. Poss. I. S. 43. ff.

beitete neue. Diese Anordnung hat in ihrer rechtlichen Stellung am meisten Aehnlichkeit mit dem prätorischen Edict, wie denn ja überhaupt die Pontifices die Vorläufer der prätorischen Jurisdiction gewesen sind, indem bis zur Einführung der Prätur jährlich ein Pontifex constituirt wurde, qui praeesset privatis [59]). Man wird danach diese Anordnungen der Pontifices kurz Pontificaledicte nennen dürfen.

Cicero, der de leg. II. 19—21. dieses werthvolle Stück älterer römischer Rechtseinrichtungen mittheilt, führt es als einen Hauptbeleg an, wie bei den Römern das reine pontificische Recht durch die Juristen, die zum Theil selbst pontifices maximi waren, verändert und umgedeutet worden sei. Es wird also zu scheiden sein einerseits die pontificische Bestimmung selbst, und andererseits deren civilistische Handhabung und Interpretation.

Rein pontificische Bestimmung zunächst ist die Aufstellung eines neuen Princips in Betreff der Haftung für die sacra.

Cic. de leg. II. 19. §. 48.: haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret, *iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit.* 20. §. 50.: Videtis igitur omnia pendere ex uno illo, quod pontifices *pecuniam sacris coniungi* volunt. 21. §. 52. Nam *sacra cum pecunia* pontificum auctoritate, *nulla lege* coniuncta sunt.

Cicero erwähnt die in dieser Hinsicht bestehenden

59) Meine Rechtssysteme. S. 7. ff. (1850). Becker-Marquardt Röm. Alterth. IV. (1856) S. 241. ff. Rudorff R. G. I. (1857) S. 147.

zwei Pontificaledicte, das ältere und das neuere, welches letztere von Scävola herrühre, in einer Weise [60]), daß nicht eigentlich das letztere als das erstere aufhebend betrachtet sein kann, sondern mehr nur als eine verbesserte und amplificirte Redaction erscheint, bei der sich von selbst verstehe, daß man der letzteren folge:

20. §. 49. Haec nos a Scaevola didicimus, non ita descriptum ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant . . . . Sed pontificem (den Scaevola) sequamur.

Unter den antiqui macht dann Cicero, neben ungenannten ceteri, insbesondere den Coruncanius namhaft, von dem also vorzugsweise das alte Pontificaledict herrühren wird. Es mag danach erlaubt sein, es, im Gegensatz zur späteren Scävola'schen, kurz das Coruncanische zu nennen. Cicero giebt noch genauer an, in welchem Sinn beide Edicte einen übereinstimmenden Grundgedanken, rücksichtlich des Princips: „sacra cum pecunia", gehabt haben.

21. §. 52.: Placuit P. Scaevolae et Coruncanio, pontificibus maximis, itemque ceteris, *qui tantundem caperet quantum omnes heredes, sacris alligari.* Habeo ius pontificium.

Also, wie vorher schon bemerkt wurde, rücksichtlich der Haftung der heredes für die sacra ändern die Pontifices nichts, sie halten sich hier ganz an das Civilrecht. Aber sie fügen dem hinzu, daß im Uebrigen zu den sacra herangezogen werden soll, wer Ebenso viel wie alle heredes vom materiellen Erbschaftsvermögen erhielte. Es wird sich nachher bei den einzelnen Punkten ergeben, daß in gewissen Fällen nicht bloß

60) Meine Bon. Poss. I. S. 48. 49.

Ebensoviel, sondern sogar die maior pars pecuniae erfordert wurde. Indem also Cicero in den eben citirten Worten das ganze ius pontificium mit dem Ausdruck tantundem zusammenfaßt, gebraucht er denselben offenbar in dem Sinn von „wenigstens ebensoviel." Darin liegt dann mitbegriffen, daß in gewisser Rücksicht sogar ein Plus erfordert wurde, denn wer „Mehr" hat, hat doch jedenfalls auch „Ebensoviel".

Die Zeitpunkte für die beiden genannten Autoren dieser Pontificaledicte sind folgende. Unter dem Scävola ist verstanden[61]) P. Mucius Scaevola Publ. fil., (der Bruder des P. Licin. Crassus Mucianus fr. 2. § 40. de or. iur. 1. 2.), welcher 621 Consul und 631 pontifex maximus wurde; von dem als dem Begründer neuer Einrichtungen es heißt: usque ad P. M. Scaevolam res omnes singulorum annorum mandabat literis pontifex maximus, referebatque in album (annales maximi)[62]); von dem wir noch die bekannte Definition der Gentilen haben[63]); und welchen Pomponius neben dem Brutus und Manilius auch unter den Worten bezeichnet: qui fundaverunt ius civile[64]).

Neben ihm erwähnt Cicero auch noch[65]) den Sohn: Q. Muc. Scaevola, den Autor der cautio und

61) Vgl. Orelli & Baiter Onomasticon Tullian. II. (1838) p. 405.

62) Cic. de or. 2. 12, 52.

63) Cic. Top. 6. 29.

64) fr. 1. §. 39. de or. iur. 1. 2.

65) de legib. II. 19, 47.: quam magnum illud Scaevolae faciunt, *pontifices ambo*, et iidem iuris peritissimi. At, inquit Publii filius, „ex patre audivi, pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset."

praesumtio Muciana, Consul 659, dem (im Gegensatz zum Augur) der Beiname pontifex beigelegt wurde. Von ihm, dem zweiten Lehrer Cicero's, sagt Pomponius in fr. 2. §. 41. de or. iur.: „ius civile primus constituit", eine Aeußerung, die das Onomasticon Tullianum irrthümlich auf den Vater bezieht. Tiberius Coruncanius dagegen, der Autor des älteren Pontificaledicts, Consul im Jahr 474, war der erste plebejische pontifex maximus. — Die beiden Pontificaledicte werden also ungefähr 150 Jahre auseinander liegen.

40. — A. Das Coruncanische Pontificaledict. Cicero sagt darüber Folgendes:

de legib. II. 20, 49.: Illi (antiqui) quidem his verbis docebant: *tribus modis* sacris adstringi:

1) hereditate,

2) aut si maiorem partem pecuniae capiat,

3) aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit.

1) Ueber die erste Klasse, die heredes, ist, da an ihrer civilrechtlichen Stellung nichts geändert wird, nichts weiter zu sagen.

2) In Betreff der zweiten Klasse dagegen kann es nicht zweifelhaft sein, daß darunter die Proherede-Usucapienten zu verstehen sind. Bei dem Wort capiat ist also: usu hinzuzudenken[66].

66) Auch nachher im Scävola'schen Edict ist: si nemo sit qui ullam rem *ceperit* von dieser Usucapion zu verstehen, und in der Scävola'schen nicht die Sache ändernden sondern nur deutlicher formulirenden dritten Klasse heißt es ausdrücklich: qui *usu* ceperit pluri-

Der Proherede-Usucapient steht nun aber nicht mehr unter dem einfachen Gesichtspunkte, daß er als velut heres zu den Sacra herangezogen werde, sondern es kommt für ihn das neue pontificale Pecuniarprincip zur Anwendung. Nach dem Civilrecht, so wie uns Gaius erzählt, ist auch der, welcher quarundam rerum hereditariarum possessione zu einer geringeren *pars* die hereditas velut-usucapirt hatte, zur Sacralprästation verbunden gewesen. Seit dem Pontificaledicte haftet nur noch der, welcher *maiorem partem* pecuniae usucapirt hat. Das Wort *pars* enthält hier, wie Huschke (a. a. O. S. 156.) richtig bemerkt und noch weiter begründet, die Hindeutung, daß zur Zeit des Erlasses des älteren Pontificaledicts noch die Velut-Usucapirung der hereditas bestand [67]). Nur sagte man sich jetzt von den unbequemen Consequenzen des Civilrechts los, und das Pontificaledict trat fortan in Betreff der Sacra, (ähnlich wie wenn prätorisches Recht das Civilrecht ändert) practisch an die Stelle des Civilrechts. Die Aenderung des bisherigen Rechtszustandes wird man sich folgendermaßen zu denken haben.

a) Daß die Pontifices den Proherede-Usucapienten nicht mehr einfach nach Civilrecht, also nicht mehr den Usucapienten einer minor pars heranziehen, davon liegt der Grund gewiß in der gänzlichen Unzweckmäßigkeit, bei einer Zersplitterung der Güter in verschiedene Hände sich an verschiedene, möglicherweise viele, Personen für den Sacraldienst halten zu müssen. Also man griff den

mum *possidendo*. Also die Sachen müssen nicht bloß in Besitz genommen, sondern die Usucapionszeit muß abgelaufen sein. Das Präsens: capiat steht nicht entgegen. Unrichtig Hingst b. p. p. 73.

67) Unrichtig meine Bon. Poss. I. S. 44. 45. 48.

heraus, der die maior pars usucapirt hatte. Indem man den Usucapienten der minor pars frei ausgehen ließ, so wurde damit für ihn die eine der zwei Functionen der alten Usucapion als solcher (Heranziehung zu den sacra und den Schulden) unpractisch. Gewiß hat deßhalb, da in jenen Zeiten die Sacralfrage wohl schwerer wog, wie die Schuldenfrage, das Coruncanische Pontificaledict vorzugsweise den Grund abgegeben, die alte Rechtsanschauung von der usucapio des Erbrechts verschwinden zu machen. Nicht mehr die bloße rerum hereditariarum possessio entschied für den Dienst der sacra, sondern das Pecuniarprincip, daß man die größere Masse der Erbschaftssachen in Händen habe. So trieb das auch rücksichtlich der Schulden dahin, mit der Zeit die so unnatürliche Anschauung fallen zu lassen, daß das Besitzen der einzelnen Erbschaftssachen an sich schon zu einer partiellen Haftung für die Schulden führe. Und nachdem dies geschehen war, also nunmehr „creditum est ipsas hereditates usucapi non posse“, und da gegenüber einem säumigen heres rücksichtlich der Schuldenübernahme auch eine Anwendung des pontificalen Pecuniarprincips unzulässig erscheinen mußte, so konnte dies gerade ein Hauptimpuls für den Prätor werden, für eine magistratisch aufrecht erhaltene wahre Universalsuccession zu sorgen, in der die Schuldenübernahme ein wirklich juristisch richtiges Fundament erhielte.

b) Jedenfalls kann das allgemein durchschlagende credere ipsas hereditates usucapi non posse erst nach Ablauf einer gewissen Zeit sich fixirt haben. Es wird also nothwendig die Annahme eines Zeitraums, in welchem noch nach Einführung des Coruncanischen Edicts die Erbrechtsusucapion in rechtlicher Geltung war. In

dieser Zeit ist die Usucapion der maior pars hereditatis nothwendig mit der Wirkung verknüpft zu denken, welche die Erbrechtsusucapion überhaupt von Anfang an gehabt haben muß, nämlich: so weit die hereditas usucapirt und der Usucapient zu den sacra herangezogen wird, soweit ist der heres frei. Aber umgekehrt, soweit die hereditas nicht usucapirt wird, ist der heres schon nach Civilrecht zu den sacra verhaftet. M. a. W. die erste Klasse kann auch neben der zweiten Coruncanischen Klasse stehen [68]), und dann kommt es für die Haftung des heres nicht darauf an, ob er selbst die durch jenen Usucapienten der maior pars offen gelassene minor pars in Besitz genommen hat oder nicht. Hatte aber ein Dritter diese minor pars in Besitz genommen und usucapirt, also den heres auch zu diesem Theil von der hereditas ausgeschlossen, so muß man wegen dieser völligen Ausschließung wohl annehmen, daß der heres hier ganz von der Sacralpflicht frei wurde, wenngleich die Pontifices sich nicht an den Besitzer der minor pars, sondern lediglich an den Usucapienten der maior pars hielten.

c) Anders muß sich die Sache gestellt haben, als die Erbrechtsusucapion weggefallen war. Kann Niemand mehr das Erbrecht ersitzen, weder ein Besitzer einer maior noch einer minor pars, so kann dem heres sein Erbrecht durch keinerlei Usucapion mehr gemindert werden. Mithin, sobald die pro herede usucapio zur Ersitzung einzelner Sachen wurde, ist das Erbrecht und also auch die daraus folgende civilrechtliche Verpflichtung zu den sacra in keiner Weise mehr minuirt. Ist nun ein heres da, so kann, da das Erbrecht nicht mehr

68) Nicht richtig meine Bon. Poss. I. S. 45. Text zu Anm. 4. — Vgl. Hingst b. p. p. 72.

usucapirt wird, ein Proherede-Usucapient nie mehr neben ihm in die Sacralpflicht eintreten. Oder umgekehrt: die pro herede usucapio, als Ersitzung einzelner res hereditariae, kommt, und zwar (nach dem pontificischen Pecuniarprincip) auch nur für den Inhaber der größeren Masse der Erbschaftssachen, lediglich in Betracht, wenn kein Erbe da ist.

3) Während die zweite Klasse des Coruncanius schon im Civilrecht vorhanden ist, aber durch das Pontificaledict auf ein anderes Princip, das pecuniare, gestellt wird, so haben wir für die dritte Coruncanische Klasse gar keine civilrechtlichen Anknüpfungspunkte. Sie ist ein reines Erzeugniß des neuen Pecuniarprincips. Während man sich die zweite Klasse neben dem heres stehend denken kann, muß man sich die dritte Klasse neben dem heres vorstellen[69]). Denn beim Nichtvorhandensein des heres wären ja auch die Legate ungültig. Natürlich aber wird in dieser wie in anderer Hinsicht ein gültiges Legat vorausgesetzt.

Außer der Gültigkeit des Legats kommt nun hier noch ein Erforderniß hinzu. Der Legatar muß das Legat auch wirklich nehmen: si inde quidpiam *ceperit*. Es ist nicht daran zu denken, daß hier, wie bei der vorigen Klasse: usu zu suppliren wäre, wie sich aus dem nachher noch genauer zu erörternden Gegensatz: si minus capiat mit Sicherheit ergiebt. Daß dies Nehmen gefordert wird, ist eben die Folge des Pecuniarprincips; es soll, außer dem heres, der und nur der haften, der den größeren materiellen Theil des Vermögens inne hat. Also kleinere Legate werden nicht

69) Savigny a. a. O. S. 157. Meine Bon. Poss. I. S. 47. A. 7.

herangezogen, und auch die die maior pars pecuniae ausmachenden nur dann, wenn sie materiell an den Legatar gelangen. Vom Nehmen des Legats aber datirt die Sacralpflicht sogleich, nicht etwa hat von da an, wie bei dem Proherede-Usucapienten, erst noch ein Jahr abzulaufen.

Unter dem capere ist übrigens gewiß effectives Ansichnehmen verstanden. Hat in dieser Weise der Legatar die maior pars pecuniae in der Hand, so ist daneben nicht möglich, daß auch noch ein Proherede-Usucapient die maior pars pecuniae inne habe.

41. — B. Einführung des Scävola'schen Pontificaledicts [70]). Das gleich dem ersten Blick Entgegentretende gegenüber dem Coruncanischen Edict ist bei Scävola die Umstellung von Klasse 2 und 3. Huschke (S. 155.) erklärt dies daraus, daß zu Scävola's Zeit bereits die zweite Periode der pro herede usucapio, d. h. die bloße Usucapion der Erbschaftssachen, bestand. Gewiß mit Recht, aber mit noch nicht erschöpfenden Gründen [71]).

Quaeruntur enim, qui adstringantur sacris.

1) Heredum causa iustissima est. . . .

2) Deinde qui morte testamentove eius tantundem capiat, quantum omnes heredes. . . .

3) Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint quum moritur, usuceperit plurimum possidendo.

4) Quarto si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius qui plurimum servet.

70) Cic. de leg. II. 19. in fin.
71) Auch nicht erschöpfend meine Bon. Poss. I. S. 47.

5) Extrema illa persona est, ut, si qui ei qui mortuus sit pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit.

a) Der entscheidende Grund für das Bestehen der zweiten Periode der pro herede usucapio zu Scävola's Zeit ist folgender. Bei Scävola ist der Proherede-Usucapient den Sacris nur abstringirt: *si nemo sit heres.*

Dies kann heißen: α) wenn es sicher ist, daß der Erblasser erblos ist; β) wenn ein heres bisher noch nicht aufgetreten ist (so wird es wohl gemeint sein). Wie man aber auch die Worte verstehen möge, jedenfalls heißen sie: heres und Proherede-Usucapient sollen nicht neben einander zu den sacra herangezogen werden. Also: ist ein heres den Sacris alligirt, so ist er es (abgesehen von der Participation des Legatars neben ihm; s. oben) in solidum und ohne Rücksicht auf das capere der pecunia.

Ist nun ein heres da, und ein Anderer steht neben ihm, der usuceperit plurimum possidendo, so hat Letzterer doch nicht zu den sacra beizutragen. Dies beweist, daß nach dem Scävola'schen Edict dieser nur noch die einzelnen Sachen usucapirt. Denn usucapirte er noch das Erbrecht, so müßte er ja neben dem wahren heres als usucaptiver velut-heres zu der betreffenden Quote haften und der wahre heres wäre nicht mehr in solidum alligirt.

Daher denn auch die veränderte Ausdrucksweise in Scävola's Edict gegenüber dem Coruncanischen; statt: si maiorem *partem* (womit die Quote angedeutet wird,

um die es sich handelt) pecuniae capiat, — heißt es jetzt rein sachlich: qui *de bonis* . . . usuceperit *plurimum possidendo.*

b) Woher kommt es nun, daß der Proherede-Usucapient im Gegensatz zum früheren Edict jetzt nur noch haften soll, si nemo sit heres? Die Erklärung ist in der obigen Darstellung schon vorbereitet. *α*) Beim Coruncanischen Edict haftete in Folge des Bestehens der Erbrechtsusucapion der Usucapient möglicherweise mit bestimmter Quote neben dem *heres.* Demgemäß sind die zwei letzten Klassen dieses früheren Edicts mit *aut* an die erste angeknüpft, weil beide neben der ersten stehen können. Und da beim Legatar das capere des Legats vorausgesetzt wird, so ist auch die Reihenfolge der zwei letzten Klassen gleichgültig, weil sie sich in ihren Voraussetzungen ausschließen. Ohne Widerspruch gegen den Coruncanius konnte danach auch Scävola diese zwei Klassen umstellen. *β*) Er mußte sie aber umstellen, weil inzwischen eine materielle Rechtsänderung die Stellung des Proherede-Usucapienten gegenüber dem heres alterirt hatte. Scävola hat nämlich gar nichts Neues geschaffen, indem er dem Proherede-Usucapienten die Voraussetzung: si nemo sit heres vorschob, er hat nur das bestehende Recht formulirt, welches durch den Eintritt der zweiten Periode der pro herede usucapio gegeben war. Der bloß einzelne Sachen Usucapirende kann nicht mehr die Universalstellung des Erben minuiren; ist also der Universalerbe da, so kann, da dieser bereits in solidum haftet, der Usucapient noch nicht in Frage kommen. Erst wenn kein heres da ist, kann man sich an den Usucapienten halten. So mußte der neben dem Erben noch denkbare Legatar die zweite

Klasse einnehmen, der Usucapient aber nothwendig die dritte Stelle erhalten [72]).

42. — C. Fragliche Einschränkung der pro herede usucapio. Durch die lex Furia (571?) und die lex Voconia (585) soll nach Huschke [73]) die pro herede usucapio einer wesentlichen Beschränkung unterworfen worden sein. Es soll nämlich seit diesen Gesetzen die pro herede usucapio unbeschränkt nur noch für die exceptae personae bestanden haben, für die non exceptae personae aber auf 1000 Asses u. s. w. beschränkt, und darüber hinaus wenn auch nicht ipso iure aufgehoben doch durch die poena quadrupli bestraft worden sein.

Diese Ansicht halte ich für ganz unzuläßig. a) Huschke läßt sich nicht darauf ein zu sagen, wie die pro herede usucapio nun für die Intestatsuccession gestanden habe. Daß sie auch in diesem letzteren Gebiete in der angegebenen Weise beschränkt gewesen sei, geht nicht, denn jene Gesetze beziehen sich nur auf die testamentarische Succession. Bestand aber die pro herede usucapio unbeschränkt ab intestato, so kam ja das wunderlichste Verhältniß heraus, wovon doch in den Quellen irgend eine Spur vorkommen müßte. Wie hätte man über-

72) Nach Huschke a. a. O. S. 156. bliebe zwar der Usucapient neben vorhandenen heredes ganz unberücksichtigt, er könnte aber neben den Legataren vorkommen. — Da nun aber Legatare neben heredes vorkommen, so hätte dann doch der Proherede-Usucapient auch si heres sit zu haften. Auf den Grund, der für Huschke sprechen soll, werde ich alsbald eingehen.

73) a. a. O. S. 175. ff.

haupt auf den absonderlichen Gedanken kommen sollen, die testamentarische Succession in dieser Weise abzutrennen und den Proherede-Usucapienten, was im Grunde doch darin gelegen haben würde, als einen Quasi-Legatar zu behandeln? — b) Aber auch abgesehen von dem Resultat, welches durch diese Rechtsbestimmung hervorgerufen sein würde, die Beweisführung Huschke's, daß es eine solche Rechtsbestimmung gegeben habe, ist durchaus unzureichend. Die lex Furia bestimmt (Gai. II. 225.), daß exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus *legatorum nomine mortisve causa capere* permissum non est. Dieses mortis causa capere soll „jedenfalls" auch die pro herede usucapio bezeichnen. Aber die allgemeine Definition in fr. 31. pr. [74]) (vgl. mit fr. 8. pr.) de mort. caus. don. 39. 6. beweist dies keineswegs; denn in dieser Stelle wird nur solches capere verstanden, welches gleich mit dem Empfang des betreffenden Gegenstandes auf Grund des vorliegenden Todesfalls ein rechtsgültiger Erwerb ist. Dagegen ist bei der pro herede usucapio die Ergreifung der Erbschaftssachen noch reines Factum, kein capere im juristischen Sinn [75]), sondern bloßes „tenere" (s. Ziff. 38. A. 55.); erst durch den Zeitablauf (usu) wird sie ein *capere*, kann also nie mit unter das directe propter mortem oder mortis causa capere gezählt werden.

Huschke nun aber, indem er unter die Worte der lex Furia: „mortis causa capere" die pro herede

74) Mortis causa capitur, cum *propter mortem* alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur.

75) Fr. 51. de reg. iur. 50. 17.: non videtur quisquam id *capere*, quod ei necesse est alii restituere.

usucapio bringt, interpretirt demgemäß auch das Scävola'sche Edict, indem er in dessen zweiter Klasse: qui morte testamentove eius tantundem capiat unter den Worten *morte capiat* wiederum den Proherede-Usucapienten mitbegriffen annimmt[76]). Abgesehen davon, daß dies schon sprachlich nicht zuläßig ist (denn die pro herede usucapio ist kein morte oder propter mortem capere, sondern ein *post* mortem *usu* capere), so ist diese Interpretation nach den obigen Erörterungen sachlich nicht denkbar, denn der Proherede-Usucapient ist in der dritten Klasse si nemo sit heres zu den Sacra verhaftet, und dies erst hinter dem heres Stehen ist eine nothwendige Folge davon, daß nicht mehr das Erbrecht usucapirt wurde. Danach kann er nicht noch in einer früheren Klasse auch schon neben dem heres stehen. Ueberdies würde nach Huschke's Ansicht der Proherede-Usucapient in der zweiten und dritten Klasse unter sich widersprechenden Voraussetzungen stehen: in der zweiten Klasse schon dann si *tantundem* capiat, in der dritten aber erst wenn er *plurimum* usuceperit. Haftet er aber im einen Fall schon beim Haben von tantundem, warum dann nicht auch im anderen Fall?

Man käme, sieht man, mit der Huschke'schen Auffassung zu den unwahrscheinlichsten Gestaltungen. Und doch sind die Worte, aus denen Huschke seine Ansicht abgeleitet hat, in sich einfach klar und verständlich. Unter dem morte capere der zweiten Scävola'schen Klasse sind die so oft den Legaten gleichartig gestellten sonstigen erbrechtlichen Singularerwerbe verstanden, und zwar insbesondere die mortis causa donationes. Coruncanius hatte in seiner dritten Klasse nur erst die Legate er-

76) a. a. O. S. 155.

wähnt. Aber eben, weil das bisherige Recht hier nur die Legate kannte, so konnte es Scävola in seiner neuen Redaction nicht in den Sinn kommen, etwas völlig Neues und ganz merkwürdige Resultate Hervorrufendes mit so kurzen Worten einzuschieben. Ueberdies zeigen auch die Ausdrücke in dieser ihrer kurzen Verknüpfung: *morte* testamento*ve* capiat, daß hier zwei innerlich ganz gleichartige Punkte zusammengestellt sein müssen.

Ganz diesen selben Sinn haben denn auch die Worte der lex Furia: legatorum nomine *mortisve causa capere;* diese bezeichnen neben den Legaten insbesondere die mortis causa donationes, nicht aber auch das pro herede usucapere. Es ist nicht beizustimmen, wenn sich Huschke bei dieser Gelegenheit über eine ihm widerstehende Quellenstelle [77]) seiner vorgefaßten Ansicht zu Liebe mit der Bemerkung hinwegsetzt, „hier sei der Inhalt des Gesetzes nicht streng juristisch ausgedrückt." Man muß allerdings sagen, daß das Wort donaret ungenau für caperet gesetzt ist [78]), aber zu diesem Worte wäre Varro nicht gekommen, wenn nicht das donaret die Hauptsache unter Gleichartigem gewesen wäre [79]). Gehörte aber hieher auch die pro herede usucapio, so wäre mit dem Worte donaret der Inhalt nicht blos nicht streng juristisch, sondern ungenügend angegeben.

Wiederum in demselben Sinn gebraucht dann die

77) Varro de vita P. R. lib. 3. ed. Bip. de L. L. cum fragmentis (1788.) p. 247. „Plebisque scito cautum, ne qui legaret *causave mortis donaret* supra asses mille."

78) Rudorff R.G. I. §. 23. A. 1.

79) Vgl. auch die oben Ziff. 38. erläuterte Ciceronische Stelle (Top. 6.).

lex Voconia die Worte: ne cui plus legatorum nomine *mortisve causa capere* liceret (Gai. II. 226.)[80]). Es ist schon lange bemerkt worden[81]), daß gerade die lex Voconia es ist, welche die Aenderung der Stellung der Legatare im Pontificaledicte zur Folge gehabt hat. Coruncanius hatte es so gefaßt: si *maior* pars pecuniae legata est; Scävola degegen formulirt es: qui morte testamentove eius *tantundem* capiat quantum omnes heredes. Es war dies die nothwendige Folge des Voconischen Gesetzes, da solches den censirten Bürgern untersagte, einem Legatar mehr zuzuwenden als allen Erben zusammengenommen verbleiben würde. Ist aber dies ohne allen Zweifel eine Folge des Voconischen Gesetzes, so liegt nun auch die Annahme um so näher, daß der erweiternde Ausdruck Scävola's: *morte* capiat eine einfach selbstverständliche Transplantation der Voconischen Worte: mortisve causa capere ist[82]).

Das Gesammtresultat dieser Beweisführung ist, daß die pro herede usucapio in ihrer zweiten Periode ohne weitere gesetzliche Beschränkung sowohl für testamentarische wie Intestatsuccession fortgegolten hat.

43. — D. Rechtsstellung des Legatars als Sacralverpflichteten. Das Pecuniarprincip der Pontifices

80) Bei der lex Falcidia gebraucht Gai. II. 227. nur den Ausdruck legare: ne plus civi Romano *legare* liceat quam dodrantem. Aber auch hier ist dies im weiteren Sinn genommen. Paul. III. 8. §. 1: Exhausta legatis aut fideicommissis *vel mortis causa donationibus* hereditate auxilio Falcidiae heres quadrantem retinere potest.

81) Savigny a. a. O. S. 156.

82) Meine Bon. Poss. I. S. 48. A. 9.

hatte durch die Einwirkung der lex Voconia etwas von seiner früheren Einfachheit verloren. In Betreff der pro herede usucapio hielten das ältere wie das neuere Edict an dem Erfordernisse des größeren Vermögenstheils fest: (Cor.) si *maiorem* partem pecuniae capiat, (Scaev.) qui usuceperit *plurimum* possidendo. Dagegen in Betreff der Legatare trat an die Stelle des älteren:

si *maior* pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit,

bei Scävola:

qui morte testamentove *tantundem* capiat, quantum omnes heredes [83]).

Es muß jetzt noch genauer die Rechtsstellung dieser Legatare nach dem Scävola'schen Edict im Gegensatz zum früheren Recht constatirt werden.

a) Das Coruncanische Edict könnte so verstanden werden: wenn die maior pars legirt sei und davon nur gend Etwas (quidpiam) — also auch nur ein Geringes — capirt werde, so müsse der Legatar immer auch die *maior* pars der sacra übernehmen. Das würde aber ein sehr unnatürlicher Sinn sein. Man hat also wohl das si (inde quidpiam ceperit) im Sinn des Maaßangebens zu verstehen: „wenn und so weit (er davon etwas capirt hat)". Jedenfalls sind danach von vorn herein ausgeschlossen die nach der voluntas testatoris in den Gränzen der minor pars gehaltenen Legirungen. Ist aber die maior pars legirt, so haftet

83) Eine Verwechslung ist es, wenn Rudorff R.G. I. §. 24. A. 7. meint, das: qui morte testamentove rel. sei an die Stelle des: qui maiorem partem pecuniae capiat getreten.

der Legatar, soweit er das Legat nimmt. Und nimmt er nur ein minus, so hat er auch nur die geringere demgemäß zu berechnende Quote neben dem heres zu den sacra beizutragen. — Dagegen das Scävola'sche Edict ist hier anders. Es fordert in Gemäßheit der lex Voconia nur das capere von tantundem. Geblieben also ist die Voraussetzung, daß das Legat nicht bloß hinterlassen sein, sondern daß der Legatar auch capirt haben muß; aber der Unterschied ist, daß die voluntas testatoris gar nicht mehr bloß auf ein plus, sondern auch nur auf Ebensoviel gerichtet zu sein braucht, um die Sacralpflicht zu begründen, daß aber der Legatar dieses ganze Ebensoviel auch genommen haben muß, um wirklich zu den sacra herangezogen werden zu können. Nimmt er also ein Minus, als alle heredes erhalten, und zwar ist (so war die ursprüngliche sententia des Pontificaledicts) dies Minus-Nehmen nicht bloß seine eigene Unterlassung der Geltendmachung, sondern stützt es sich auf die *voluntas testatoris*, so ist er frei von den Sacra.

b) Cicero theilt uns hierüber noch Genaueres mit als Beleg, wie in dieser Hinsicht das ius pontificium durch das ius civile und durch die, möglicherweise sogar als pontifices maximi fungirenden Juristen durchbrochen und umgangen worden sei[84]. *α*) Angenommen, dem Legatar ist (regulär in der Form der partitio legata) *tantundem* hinterlassen quantum omnibus heredibus, so daß er also nach dem Pontificaledict an sich den Sacris alligirt wird. Mithin gerade die Hälfte. Nun aber ist durch besondere Clausel des Erblassers dem Legatar gestattet worden, davon eine kleine Summe ab-

84) Savigny a. a. O. S. 171 f.

zuziehen, und durch deren Nichtannahme von den Sacra frei zu werden. Durch Sitte stellte sich für diese Summe der Betrag von centum nummi (ca. 1 Ldr.) fest: Habeo ius pontificium. §. 53. Quid huc accessit ex iure civili? Partitionis caput scriptum caute, *ut centum nummi deducerentur*. Inventa est ratio, cur pecunia sacrorum molestia liberaretur. — *β*) Man ging nun aber weiter und ließ es zu, daß auch ohne erblasserische Gestattung der Deduction der Legatar das Minus nehmen und dann frei sein dürfe (während er früher für dies Minus doch noch gehaftet hatte, si inde quidpiam ceperit). §. 50.: .. Atque etiam dant hoc Scaevolae, quod est partitio (?): ut si in testamento deducta (deductio?) scripta non sit, *ipsique minus ceperint*, quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur. In donatione hoc iidem secus interpretantur.... §. 53. ... Quodsi hoc qui testamentum faciebat cavere noluisset, admonet Ictus hic quidem ipse Mucius, pontifex idem, (d. h. der oben angegebene Q. Mucius pontifex), *ut minus capiat* quam omnibus heredibus relinquatur. *Super*, dicebant, *qui quid cepisset*, adstringi. Rursus sacris liberantur (d. h. ebenso wie wenn der Erblasser die Clausel hinzugefügt hätte, werden sie durch die Kunststücke der Juristen frei von den sacra). — Man schlug für dieses vom Erblasser nicht autorisirte Minus-Nehmen noch wieder zwei verschiedene Wege ein: aa) Vornahme eines Rechtsgeschäfts, wodurch das Minus-Nehmen genau juristisch fixirt wurde. Das Legat wurde durch solutio per aes et libram um die betreffende Summe gekürzt, §. 51. in fin.: Quin etiam cavent, ut, cui plus legatum sit, quam sine religione capere liceat, is per

aes et libram heredem testamenti solvat[85]), propterea quod eo loco res est, ita soluta hereditate, *quasi ea pecunia legata non esset.* Dabei wurde denn noch wieder als Schleichweg zugelassen, daß dies gekürzte Minus doch durch stipulatio aufrecht erhalten ward. §. 53: Hoc vero nihil ad pontificium ius, et e medio est iure civili, ut per aes et libram heredem testamenti solvant, et eodem loco res sit, *quasi ea pecunia legata non esset*, si is, cui legatum est, stipulatus est *id ipsum*, quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur. Also wohl eine der ältesten Novationsgestaltungen. Die alte Obligation wird nicht gleich durch eine neue aufgehoben, sondern Aufhebungsact und Neubegründungsact sind noch völlig getrennt, aber in der neuen Obligation soll doch juristisch *id ipsum*, quod legatum est, nunmehr ex stipulatione geschuldet werden. bb) Neben dem Verfahren, durch nexi liberatio die für die sacra in Frage kommende Berechtigung des Legatars rücksichtlich des Legats definitiv aufzuheben ac si ea pecunia legata non esset, wurde nun auch noch ein Verfahren ohne allen definitiven Abschluß zugelassen. Dem Legatar gestattete man ein rein negatives Nichtgeltendmachen des betreffenden Legatsstücks, als Mittel, sich den sacra zu entziehen. §. 51: His propositis, quaestiunculae multae nascuntur ... veluti *si minus quis cepisset, ne sacris alligaretur:* ac post de eius heredibus aliquis exegisset pro sua parte id, *quod ab eo* cuius ipse heres esset *praetermissum fuisset:* eaque pecunia non minor esset facta cum superiore exactione, quam heredibus omnibus esset relicta. Der Fall ist z. B. folgendermaßen zu denken:

85) Vgl. Gaius III. 175.

θ 180,000

heredes: Aθ Bθ } part. leg. auf $^2/_3$ θ C 120,000

Mθ Nθ :

$^{11}/_{12}$ $^{1}/_{12}$

Dem C ist neben den heredes A und B die partitio auf $^2/_3$ legirt, bei einem Erbvermögen von 180,000. Von diesem Legat von 120,000 ist in Folge der lex Voconia, die keine lex perfecta war [86]), nicht mehr zu capiren, als die Erben A und B ihrerseits behalten, also nicht mehr als 90000. Angenommen, der Legatar richtet, um bei einer rücksichtlich des Werths nicht zweifellos schätzbaren Erbschaft in Betreff der Ablehnung der Sacralpflicht ganz sicher zu gehen, nicht auf 90000, sondern nur 80000 seine exactio. Dann stirbt er, und sein Erbe zu $^{11}/_{12}$ M (der de iure auf das Legat einen Antheil zu 110000 hat), treibt den nicht geltend gemachten Rest bis zu 90000, also bis zu dem von der lex Voconia gestatteten Belauf, für seinen Antheil ein. Zugleich hat er nun tantundem quantum omnes heredes, und danach concludirt Cicero: qui eam pecuniam exegisset (M), solum, sine coheredibus (N), sacris alligari. Wäre der Ueberschuß des Legats, welchen C wegen der lex Voconia und der drohenden Sacrallast nicht eintrieb (40000), per aes et libram getilgt gewesen, so hätte auch der Erbe des Legatars natürlich nichts mehr geltend machen können. Also das minus capere in der superior exactio muß als bloße factische Nichtgeltend-

86) Huschke Gaius S. 52.

machung verstanden werden, welche man nach der eingerissenen laxen Interpretation schon als von der Sacrallast befreiend annahm. Aber freilich wurde doch insoweit an dem Scävola'schen Pontificaledicte durchaus festgehalten, daß, sobald nun der Erbe des Legatars zu seinem Erbtheil den Ueberrest geltend macht, und danach das eingetriebene Legat im Ganzen dem Betrage des bei allen heredes Verbleibenden gleichkommt, er nun auch für die sacra mit eintritt.

Man sieht hieraus besonders deutlich, daß überhaupt die zweite Scävola'sche Klasse als neben den *heredes* in der Sacralpräſtation stehend zu denken ist. Wenn der Legatar sein Legat geltend macht, so muß der heres die Erbschaft angetreten haben, und also hat Letzterer die Rechtsmittel in der Hand, sich die Erbschaft einzuholen. Unterläßt er dies dem Proherede-Usucapienten gegenüber, so muß er doch immer die sacra präſtiren, und neben ihm wird der Legatar erst herangezogen, sobald er (oder sein Erbe) wenngleich erst in einer späteren Zeit die exactio des Legats über die Normalschranken hinaus ausdehnt.

44. — E. Erweiterung des Umfangs der pro herede usucapio rücksichtlich der Sacrallast. Während zwischen dem Coruncanischen und Scävola'schen Pontificaledicte die intensive Abschwächung der pro herede usucapio zu einer Ersitzung der res hereditariae liegt, tritt uns umgekehrt bei Scävola die pro herede usucapio in extensiver Verstärkung entgegen. Aber auch in dieser Hinsicht mag Scävola sich nichts direct Neues ausgedacht, sondern nur das bisher schon in der Praxis Entwickelte in bestimmter Formulirung fixirt haben.

Das ältere Pontificaledict bezeichnet den (möglicher

Weise neben dem wahren heres stehenden, möglicher Weise auch si nemo sit heres vorhandenen) Proherede-Usucapienten einfach mit den Worten: si maiorem partem pecuniae capiat. Anstatt dessen finden wir bei Scävola drei Klassen.

a) Die erste von diesen ist die eigentliche pro herede usucapio, welche ja, wie Gaius ausdrücklich sagt, die körperliche *rerum hereditariarum possessio* auch in ihrer älteren Gestalt als Erbrechtsusucapion voraussetzt.

> *tertio loco*, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usuceperit *plurimum possidendo*.

Das *possidendo* (und nachher auch der Gegensatz der folgenden Klasse: si nemo sit, qui ullam *rem* ceperit) zeigt, daß hier, ganz übereinstimmend mit jener Angabe des Gaius, wirklicher Sachbesitz gefordert wird. Das: de bonis — plurimum ist an die Stelle des: maiorem partem getreten, weil es sich bei Scävola nicht mehr um ein ideelles, nach Quoten zu berechnendes, Eintreten in's velut-heres-Sein, sondern rein sächlich um die Erlangung der größeren Masse der Erbschaftsgegenstände handelt.

Indem hiernach diese Klasse sich mit voller Gewißheit als die der pro herede usucapio herausstellt, kann die Savigny'sche Erklärung dieser Klasse, welche auf einer noch nicht hinreichenden Kenntniß der erst nach Gaius uns deutlich gewordenen pro herede usucapio ruht, ohne weitere Gegenausführung hier lediglich mit einer Erwähnung abgethan werden. Savigny (a. a. O. S. 158—165.) glaubte nämlich, daß mit dieser Klasse gerade vorzugsweise der bonorum possessor und nur nebenbei die pro herede usucapio gemeint sei. Mit

dem Wort possidendo dürfe die bonorum possessio um so mehr als bezeichnet angenommen werden, als damals und auch noch bei Cicero der Ausdruck *bonorum* possessio noch nicht vorgekommen sei. Daß dies nicht richtig ist, habe ich schon oben erwähnt (Ziff. 11. A. 32). Im Uebrigen wird die Frage, wo wir im Scävola'schen Pontificaledict den bonorum possessor unterzubringen haben, noch besonders erörtert werden (s. unten Nr. V).

b) Zu der eigentlichen pro herede usucapio treten nun noch weitere Personen bei Scävola hinzu.

quarto, si nemo sit qui ullam rem [usu ist hinzu zu denken, da die dritte Klasse, wo es *usu* ceperit heißt, vorausgeht und gerade diese dritte Klasse hier ausgeschlossen werden soll] ceperit, de creditoribus eius qui plurimum servet.

α) Da diese Klasse hinter der 3ten steht und das Nichtvorhandensein der 3ten voraussetzt, so ist es klar, daß sie mit der 3ten auch die Voraussetzung: si nemo sit heres gemein hat. — Das *plurimum* kann hier nur dasselbe bedeuten, wie bei der dritten Klasse, also es ist zu suppliren: de bonis, quae eius fuerint, cum moritur. — Ferner ist auch gewiß hier, wie bei der vorhergehenden Klasse, jähriger ungestörter Besitzzustand vorauszusetzen, da diese Klasse, zwischen der 3ten und 5ten stehend, offenbar wie die 5te Klasse eine sich an die eigentliche pro herede usucapio erweiternd anlehnende quasi-usucapio enthalten soll (proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit).

β) Besonders betont muß hier noch ein Wort werden. Es heißt: si nemo sit, qui ullam *rem* (usu) ceperit und damit soll das Nichtvorhandensein der eigentlichen pro herede usucapio bezeichnet werden.

Dies beweist wiederum deutlich, daß damals zu Scävola's Zeit die pro herede usucapio nur noch eine Ersitzung einzelner res hereditariae war. Hätte noch die Erbrechtsersitzung bestanden, so hätte es heißen müssen: qui maiorem partem pecuniae ceperit.

Unter Nichtberücksichtigung der in Vorstehendem ausgeführten Beweismomente haben sich mehre Schriftsteller dafür ausgesprochen, daß erst sehr viel später die Umwandlung der pro herede usucapio aus der Erbrechts- in die bloße Erbsachen-Ersitzung erfolgt sein soll. Puchta[87]) meint, in dem Anfang der dritten Periode sei jene ältere Gestalt bestritten worden, Seneca erwähne die Controverse, und zu Gaius Zeiten sei die neuere Auffassung entschieden gewesen. Walter[88]) und Hingst[89]) sind ihm beigetreten. Die Gründe aber, worauf man sich hiebei stützt, sind im Gegensatz zu den hier vorgelegten keineswegs beweisend. Hingst räumt selbst ein, daß die beiden aus Cicero noch vorgebrachten Stellen keineswegs deutlich seien. In der Rede pro Flacco 34, 85. fragt Cicero in dem Sinn, daß vernünftigerweise Niemand eine ihm zugefallene Erbschaft in unberechtigten fremden Händen lassen werde: tu, T. Vetti, si qua tibi in Africa venerit hereditas, *usu amittes?* an tuum, nulla avaritia, salva dignitate retinebis? Natürlich konnte in dieser Weise ganz eben so gut auch einem bloß Erbsachen-Ersitzenden gegenüber gefragt werden. — In dem Brief ad Atticum I. 5. schreibt Cicero: De Tadiana re, mecum Tadius locutus est te ita scripsisse, nihil esse iam, quod

87) Curs. d. Inst. III. §. 315.
88) Röm. Rechtsgesch. II. §. 634. Text zu A. 44.
89) Hingst l. c. p. 70. 71.

laboraretur, *quoniam hereditas usucapta esset.* Id mirabamur te ignorare, de tutela legitima, in qua dicitur esse puella, nihil usucapi posse. Auch diese Stelle hat ganz ebenso guten Sinn, wenn man hereditas als die Masse der Erbschaftssachen versteht. Ja das nihil usucapi posse zeigt, daß Cicero es sich in der That so denkt: „es kann nichts Einzelnes usucapirt werden.“

Alles kommt mithin auf die außerdem nur noch angeführte Stelle von Seneca (de benef. 6. 5.) an: iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quae in hereditate sunt: tanquam quid aliud sit hereditas, quam res quae in hereditate sunt. Hingst stützt darauf die Ansicht, daß die Umwandlung der pro herede usucapio in eine Erbsachenersitzung erst zu Seneca's Zeiten oder kurz vorher stattgefunden haben könne, denn der hier ausgesprochene Tadel der Juristen würde ein absurder sein, wenn er sich auf vor zwei und mehr Jahrhunderten Verstorbene bezöge. Und Puchta führt die Worte im Sinn einer damals noch schwebenden Controverse an. Aber Beides trifft in der That nicht zu. Seneca sagt gar nicht, es sei damals noch Streit über diese Sache, sondern umgekehrt, er führt es als eine unter den Juristen anerkannte Sache an, daß die Erbrechtsusucapion zu läugnen und nur die Erbsachenusucapion anzuerkennen sei; also er sagt ganz dasselbe, was Gaius uns mittheilt, nur mit dem Unterschiede, daß Seneca als Nichtjurist sich über solche juristische „Haarspalterei“ in einer Weise lustig macht, wie wir das von einem Laien in juristischen Dingen, der weder die Begriffe noch ihre Consequenzen zu unterscheiden vermag, noch jetzt jeden Tag erleben könnten. Also

Seneca ist gerade umgekehrt ein Zeugniß dafür, daß die Erbrechtsusucapion nicht mehr galt und die Erbsachenusucapion ganz feststand. Und da eben die Erbsachenusucapion ein damals geltendes Rechtsinstitut war, so hatte es noch immer ein practisches Interesse, daß, gerade wie dies noch Gaius thut, die Juristen hervorhoben, es handele sich hier nicht mehr um die Erbrechts- sondern nur noch um die Erbsachenusucapion.

Hiebei ist noch darauf hinzuweisen, daß das eigentlich Wohlthätige in der practischen Wirkung des Instituts, so vielfache Mängel man im Uebrigen an ihm finden kann, unverändert blieb, mogte es nach der genaueren juristischen Fassung eine Ersitzung des Erbrechts oder der Erbsachen sein. Das war, daß wenn der wirkliche Erbe die ganze Erbschaft ruhig ein Jahr in Besitz gehabt hatte, und nun ein anderweiter Erbprätendent auftrat und einen Erbschaftsproceß beginnen wollte, der Besitzer sagen konnte, er habe, ganz abgesehen von der Frage über die Erbberechtigung, jedenfalls das Erbrecht oder (später) die körperliche Erbmasse ersessen, und so sei auf alle Fälle dem Kläger sein Recht oder wenigstens sein materielles Interesse abhanden gekommen [90]). In dieser Verwendung wird die Erbsachenersitzung in Plinius' Episteln 5. 1. erwähnt, wo es von dem Instituirten gegenüber einem mit der Inofficiositätsquerel Drohenden heißt: scis te non subscripsisse mecum, et iam biennium [also der Jahresablauf der pro herede usucapio war jedenfalls erfolgt] [91]) transiisse, *omniaque me usucepisse*. Und

90) Vgl. auch Puchta a. a. O.

91) Das biennium ist hier also nicht „aus Versehen" erwähnt, wie Savigny a. a. O. S. 162. A. 1. annimmt, — sondern es waren in concreto bereits zwei

gerade in diesem practischen Effecte mag ein Hauptgrund gelegen haben, daß die Proherede-Usucapion trotz aller Mängel sich so tief in die classische Zeit hinein erhalten hat, wobei man auch nicht mit Huschke (a. a. O. S. 152. A. 9.) diese Verwendung des Instituts als ein „höheres und freieres Recht der Centumvirn" behandeln darf. Denn auch wer schon aus anderem Grunde Eigenthümer ist, kann sich doch auf das Ersitzungsrecht berufen, und also auch der wirkliche Erbe muß, da er eine pro herede possessio hat[92]), sich einem hereditatis controversiam Erhebenden gegenüber auf pro herede usucapio berufen können.

45. — γ) Ich kehre zu der Darstellung des Inhalts der vierten Scävola'schen Klasse zurück. Derselbe ist ein vielbestrittener. Was heißt: qui de creditoribus plurimum servet?

Die Voraussetzung ist zunächst, daß der heres nicht angetreten (si nemo sit heres), also auch nicht die Erbschaftssachen in Besitz genommen hat; derjenige, an den sich die Gläubiger in legitimer Weise halten müßten, ist mithin nicht vorhanden. Weiter aber ist auch die Voraussetzung, daß Niemand existirt, der als Proherede-Usucapient Sachen in Besitz genommen hätte. Freilich heißt es nur: si nemo sit, qui ullam rem (usu) ceperit, es scheint also zunächst, daß unsere vierte Klasse in Betracht komme, wenn nur nicht Andere ihre Usucapion bereits vollendet hätten. Andere

Jahre abgelaufen, also die Jahresfrist der pro her. us. damit implicite erfüllt. Huschke a. a. O. S. 152. A. 9.

92) Gaius IV. 144: Pro herede autem possidere videtur tam *is qui heres est*, rel.

vor Ablauf der Usucapion pro herede Besitzende könnten wir uns danach bei dieser vierten Klasse denken. Aber, wie schon oben bemerkt, in der vierten Klasse wird der qui plurimum servet als Quasi-Usucapient selbst erst nach Jahresablauf in Anspruch genommen, und dann würde also anderen Zugreifenden ihre Usucapion regelmäßig auch schon abgelaufen sein.

Wenigstens für die meisten Fälle ist also anzunehmen, daß die Erbschaftssachen besitzlos daliegen. Nach einfachster Interpretation der Worte haben wir nun die Person der vierten Klasse folgendermaßen aufzufassen. In dem Falle des besitzlosen Daliegens verbietet kein altes Gesetz den Gläubigern, zuzugreifen, d. h. nach dem Charakter des alten Rechts ist das eigenmächtige Besitznehmen dem Gläubiger gestattet [93]). Angenommen, es nimmt nun irgend Einer von den Gläubigern (qui de creditoribus) den größeren Theil der Erbsachen in Besitz, nicht mit dem animus pro herede se gerendi, wie er für den Proherede-Usucapienten die Voraussetzung ist, sondern lediglich mit dem animus sich Deckung zu geben, also wie es in fr. 95. §. 8. de solut. 46. 3. heißt: si creditor debitoris hereditatem *ad se non pertinentem* possedit. Alsdann soll er freilich nicht gleich für die sacra in Anspruch genommen werden dürfen, sondern erst nach Jahresablauf, und unter der Voraussetzung, daß in dieser ganzen Zeit gegen ihn kein heres aufgetreten ist, und von ihm gegen Zahlung der Schuld die Erbschaftssachen eingefordert hat. Es ist nicht von Concurs und von einem beabsichtigten Verkaufen der in Besitz genommenen Güter Seitens des oder der wahren Gläubiger die Rede [94]); sondern es liegt

93) Rudorff R. G. II. S. 296. A. 7.

94) Huschke Nexum S. 91.

lediglich ein Retiniren (servare) der vom Gläubiger zwecks Deckung occupirten Mehrheit der Erbgüter vor.

Wenn nun auch der Gläubiger nicht mit dem animus pro herede se gerendi aufgetreten ist, sondern in dem Sinne eine factische Pfanddeckung zu erlangen sich in Besitz gesetzt hat, und wenn demgemäß Fälle vorgekommen sein mögen, daß der Besitzer als ein nicht pro herede Besitzender sich der Sacra entziehen wollte, so liegt es doch sehr nahe, daß man ihn nichtsdestoweniger der Sacralpräſtation unterwarf. Solche eigenmächtige Pfandretention war freilich nichts Verbotenes also etwas factisch Zuläſſiges, aber damit noch nicht poſitiv Rechtliches. Wollte der Besitzer sich auf poſitives Recht berufen, so konnte er doch nur wieder durch Anwendung der allen offen stehenden Proherede-Usucapion seinem Besitz nach Jahresablauf Sicherheit vindiciren. So ist es denn aber auch erklärlich, daß man solchen an sich nicht pro herede Possidirenden doch auf Grund des Rechts der pro herede usucapio, als Quasi-Usucapienten (perinde habeatur quasi eas res ceperit), zu den Sacra heranzog. Und über solchen im alten Pontificaledict noch nicht bedachten Fall mag sich schon, seitdem dieser Schleichweg den Sacra zu entgehen überhaupt betreten wurde, eine Praxis festgestellt haben, die dann Scävola in seine Redaction des Pontificaledictes aufnahm.

Dies scheint mir jetzt die einfachſte Lösung dieser vielbesprochenen Frage. Savigny a. a. O. S. 166 ff. denkt unter Wegstreichung des de (qui creditoribus eius plurimum servet) an die bonorum emtio und die durch das Meistgebot den Gläubigern die höchsten Procente ihrer Forderungen Rettenden; welche Textänderung aber gewaltsam und durch Nichts motivirt ist.

Früher hatte ich die Stelle auf den eine werthvollere Pfandsache retinirenden Faustpfandgläubiger bezogen[95]).

c) Extrema illa persona est, ut, si qui ei, qui mortuus sit, *pecuniam debuerit neminique eam solverit*, proinde (oder perinde) habeatur, *quasi* eam pecuniam ceperit.

α) Ich habe absichtlich bisher die Frage übergegangen, ob zur Zeit der Erbrechtsersitzung der Usucapirende auch Quotenantheil an den Forderungen ersaß. Hier ist für dieselbe der beste Anknüpfungspunkt. Es muß besonders betont werden, daß wir über sie keinerlei Quellennotiz haben und also lediglich auf Vermuthungen angewiesen sind. Dabei muß man vollständig die Möglichkeit zugeben, daß in die Usucapion des velut-heres-Seins auch eine mittelbare Ersitzung der Forderungen gelegt worden ist. Aber man darf dies keineswegs als eine so selbstverständliche Antwort betrachten, wie manche Schriftsteller thun[96]). Wenn solche Forderungsersitzung bestand, wie sollen wir uns wohl die Klage in dem gewöhnlichen Fall (wo der debitor nicht noch seinerseits hereditatis controversiam erhob) construirt denken? Wenn auch gewiß ein Erbrechtsusucapient nach Erlangung der Stellung als velut heres rücksichtlich der einzelnen besessenen Sachen klagen konnte: rem meam esse; wenn es dagegen schon bedenklicher ist, daß er auch habe klagen können: hereditatem meam esse; — soll man nun noch weiter gehen und behaupten, er habe einfach direct[97]) auf

95) Meine Bon. Poss. I. S. 50. Dagegen mit Recht Savigny a. a. O. S. 169. A. 1.

96) z. B. Hingst l. c. p. 119. 120.

97) Eine ficticische Klage, wie sie der bonorum possessor

dare oportere klagen können? Sagt doch Gaius: nur *rerum hereditariarum possessione* velut ipsae hereditates usucapi credebantur; und es liegt sehr nahe dies so zu verstehen: soweit Einer körperliche Erbschaftssachen in jährigem Besitz hat, soweit wird er nun auch nach einer abgeschätzten Quote, gleich den Erben (velut heres), zu den Sacra und Schulden mit herangezogen. Aber weiter, wie sein Erbsachenbesitz, reicht auch seine Erbrechtsersitzung nicht. Also so wenig wie er einen Antheil an nicht besessenen Erbsachen oder Accrescenzrecht (s. oben Ziffer 38.) erhalten kann, so wenig kann er einen solchen an den gar nicht besitzbaren Forderungen erlangen.

Hiezu kommt nun, daß — wenn wir nicht die letzte Scävola'sche Klasse als eine volle Novität betrachten wollen, was recht wenig glaublich erscheint, — wenn wir vielmehr hier nach einer Entwicklung aus der Praxis heraus, die dann Scävola formulirte, suchen, eine gesunde Erklärung unserer fünften Klasse wohl nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß man dem Erbsachenbesitzer eine Ersitzung der Forderung nicht eingeräumt hat. Nehmen wir nämlich diese Voraussetzung an, so ergiebt sich Alles höchst einfach. Sagen wir: der Erbrechtsusucapient gilt nur als velut heres soweit sein Sachenbesitz reicht, so heißt das: die directa actio gegen den debitor hat nur der heres. Angenommen ein heres tritt nicht auf (si nemo sit heres), so heißt das alsdann: es ist Niemand vorhanden, an den der Schuldner zu zahlen hat (neminique eam solverit), m. a. W. der Schuldner wird frei und ersitzt factisch

als velut heres hat, ist doch jedenfalls nicht anzunehmen.

gleichsam seine Schuld. Gerade unter dieser Annahme des Freiwerdens des Schuldners wird es erst erklärlich, daß die Pontifices von ihm nach ihrem Pecuniarprincip verlangten, und auch mit gutem Grund verlangen konnten, daß er ebensogut wie der Erbsachenbesitzer an den Sacra Theil zu nehmen habe, da er so gut wie dieser einen materiellen Gewinn aus der Erbschaft mache. Das ist so naheliegend, daß es, wenn auch im alten Edict nicht erwähnt, schon lange geübt sein kann, ehe Scävola es in das neue Edict aufnahm.

β) Noch einige Worte über die practische Stellung dieser fünften Klasse. aa) Dieselbe steht wie die vorige unter der Voraussetzung: si nemo sit heres, worin denn eben die Consequenz liegt, daß Keiner aufzutreten vermogte, der die Schuldzahlung hätte fordern und an den der Debitor sie hätte vornehmen können. Daß Scävola nicht direct den heres hier erwähnt, sondern statt dessen sagt: si qui ei qui mortuus est pecuniam debuerit *neminique* eum solverit, erklärt sich daraus, daß damals (631) sicherlich die bonorum possessio schon bestand, und der debitor natürlich auch wenn er einem mit ficticischer Klage gegen ihn auftretenden bonorum possessor zahlte, von der Sacrallast frei wurde. Dagegen unter dem nemini ist nicht auch noch zu verstehen der Proherede-Usucapient. Jedenfalls nicht zu Scävola's Zeit oder überhaupt seitdem es nur eine Erbsachenersitzung gab. Nach der eben unter *α* aufgestellten Vermuthung auch zur Zeit der Erbrechtsersitzung nicht, denn diese führte wohl gar nicht zu einer Klage gegen den Debitor. So weit nun also der Erbsachenbesitzer die Quasiusucapion des Debitors neben sich dulden muß, ergiebt sich als selbstverständlich, daß diese fünfte Klasse nicht wie die vierte Klasse die Vor-

aussetzung hat: si nemo sit qui ullam rem (usu) ceperit. bb) Zweifelhaft könnte man sein, ob hier wie in den vorhergehenden Klassen der Werthbetrag der einbehaltenen Schuld die größere Masse des Vermögens des Erblassers sein müsse, um die Sacralpflicht zu begründen? [98]). Dagegen könnte sprechen, daß im Pontificaledict nicht davon die Rede ist, wie in den vorhergehenden Klassen, daß das fragliche nomen der Hauptbetrag des Vermögens (de bonis eius, qui mortuus est, *plurimum*) gewesen sein müsse. Doch aber muß man dies wohl bejahen, da ausdrücklich gesagt ist, der Schuldner sollte perinde behandelt werden, quasi eam pecuniam usuceperit. Da nun aber bei der pro herede usucapio die Voraussetzung des plurimum besteht, so wird diese auch bei der Fiction der pro herede usucapio zur Anwendung gekommen sein. In dem in der vorigen Note angegebenen Beispiele würden nicht Debitor und Erbsachenbesitzer je zu $^2/_3$ und $^1/_3$, sondern der Debitor würde allein die sacra zu tragen haben. cc) Diese letzte Klasse ist die begrifflich weitestgehende. In der vorhergehenden ist doch noch Sachbesitz, wenn auch nicht mehr pro-herede-Besitz, Erforderniß. Da hier in der letzten Klasse als factischer Zustand lediglich das negative Nichtbezahlen in der Dauer eines Jahrs die Basis ist, auf der als Wirkung des Zeitablaufs die Verpflichtung zu den sacra sich bildet, so bedurfte es besonders der Hervorhebung, daß es sich, während zur wirklichen pro herede usucapio: *rerum*

98) Also z. B. der Erblasser hinterläßt ein Capital von 10000 und als corpora hereditaria verhältnißmäßig nur Wenig, nämlich nur 5000 im Werth, welche von einem Proherede-Usucapienten in Besitz genommen werden.

hereditariarum possessio nöthig ist, lediglich um eine Fiction der pro herede usucapio handele. Das geschieht in den Worten proinde (perinde) . . . quasi eam pecuniam ceperit.

46. — III. Die Erbsachenusucapion. Das Resultat der bisherigen Entwicklung ist kurz folgendes. Gegenüber dem Rechte der heredes wurde in dem Rechtsinstitute der Erbrechtsersitzung, dessen ratio erst unten geprüft werden soll, eine Einrichtung getroffen, wonach auch nicht testamento oder lege Berufene den zunächst erbrechtlichen Pflichten der Sacra-Prästirung und der Schuldenzahlung unterworfen würden. Daneben entwickelte sich dann in Betreff der Sacrallast — ein Beweis, daß das Bisherige noch nicht genügte — die pontificale Jurisdictionsthätigkeit. Diese zog in dem älteren Edict den Proherede-Usucapienten (der damals noch Erbrechtsusucapient war) nur noch wenn er die maior pars hatte, zu den sacra heran; verpflichtete dazu aber auch außerdem den auf die maior pars legatarisch Berechtigten. In dem 150 Jahre späteren Edict wurden alle morte oder testamento Capirenden schon beim Empfang von tantundem verhaftet, die pro herede usucapio des plurimum alligirte aber nur noch im Fall des Nichtvorhandenseins von heredes zu den sacra. Danach war die pro herede usucapio damals nur noch eine Erbsachenersitzung. Sie fordert an sich den animus des contendere se heredem esse oder pro herede se gerendi, ist aber in Betreff der Sacrallast noch auf zwei Fälle einer fingirten Usucapion ausgedehnt worden. Dagegen in Betreff der Schuldenzahlung ist, nachdem die pro herede usucapio eine bloße Erbsachenersitzung geworden war, ganz

der alte Zustand wieder eingetreten, daß der Gläubiger sich lediglich an den heres zu halten hat. Findet sich ein solcher nicht, so können die Creditoren „debitoris hereditatem ad se non pertinentem possidere." Zur besseren Regulirung dieser Creditoreninteressen hat der Prätor Rutilius 636 (also um die Zeit der Einführung des Scävola'schen Pontificaledicts) die bonorum venditio eingeführt. Von der bonorum possessio aber wissen wir einstweilen so viel, daß sie 684 (dem Jahre der Verrinischen Rede) ein schon sehr lange bestehendes Rechtsinstitut, also gewiß schon vor 630 eingeführt war; daß sie eine magistratische Besitzeinweisung in's Erbrecht für Fälle war, wo es zu einer bonorum venditio noch nicht kommen sollte[99]), und daß die juristische Construction dieser prätorischen Universalsuccession als eine der bonorum venditio vorbildliche dasteht.

Um nun in dem richtigen Verständniß dieses Instituts der bonorum possessio weiter schreiten zu können, muß nothwendig die Erbsachenusucapion in ihrem genaueren civilistischen Detail vor Augen geführt werden. Es zerlegt sich dies in zwei Fragen. Die pro herede usucapio ist vorerst ein das Zugreifen eines Jeden zulassendes Institut; als solches muß es zunächst dargestellt werden. Sodann aber hat sich in ihrem Gebiete die auf einer iusta causa ruhende pro herede possessio und also proba pro herede usucapio als ein engeres Verhältniß mit eigenen Wirkungen herausgearbeitet, welches einer besonderen Nachweisung bedarf.

99) Gai. III. 78: mortuorum autem bona veneunt velut eorum quibus *certum est neque heredes neque bonorum possessores* neque alium justum successorem existere.

A. Die s. g. improba oder lucrativa pro herede usucapio hat, als eine Erbsachenersitzung, in ihrem dogmatischen Detail, so wie sie von den classischen Juristen exponirt wird, im Wesentlichen auch schon zu Cicero's Zeit bestanden. Sie ist auf Grund des aus Gaius neu bekannt Gewordenen sorgfältig untersucht worden von Huschke[100]. Aber Huschke's vielfach von Anderen adoptirter Standpunkt kennt nur die possessio und usucapio pro herede, wie sie von Gaius II. 52. ff. geschildert wird. Dem gegenüber ist neuerdings von Fitting[1]) auf Grund von Gai. IV. 144. und fr. 1. pr. quor. bon. 43. 2. ausgeführt worden, daß das possidere pro herede, so wie es bei der Usucapion vorkommt, kein allgemein durchführbares Verhältniß sei, sondern (in Gegensatz des possidere pro possessore) bei der hereditatis petitio und dem Interdictum quorum bonorum in einem anderen engeren Sinn vorkomme. Die Fitting'sche Auffassung befriedigt aber wiederum darin nicht, daß sie nur die Thatsache verschiedener Bedeutungen des pro herede possidere hinstellt, ohne alle Erklärung, wie sich dieselben neben oder hinter einander haben entwickeln können.

In der folgenden Darstellung soll zunächst lediglich von dem alten bisher besprochenen Institut der pro herede usucapio die Rede sein, und dann gezeigt werden, wie sich daraus eine engere Bedeutung des possessor pro herede im Gegensatz des pro possessore possessor entwickeln konnte und mußte.

Ich theile die Elemente des Instituts der pro he-

100) Zeitschr. f. gesch. R.W. XIV. S. 146 ff. (1847). Vgl. noch ferner Francke Commentar über den Pandektentitel de her. pet. (1864) S. 138. ff.

1) Arch. f. civ. Pr. LII. S. 239. ff. (1869.)

rede usucapio in die zwei Gesichtspunkte der objectiven und subjectiven Erfordernisse.

47. — 1) Objective Erfordernisse.

a) Es werden Erbschaftssachen als Object dieser Usucapion, von der hier lediglich die Rede sein soll, vorausgesetzt [2]). Also vor Allem muß der Tod des Herrn erfolgt, und es muß ein körperlicher seinen bona zugehöriger Gegenstand sein.

Wenn auch in dem Pontificaledicte noch hinter dem Besitzergreifer von Erbschaftssachen der Nichtzahler einer Schuld, quasi usuceperit, für die Sacra verhaftet wird, so ist diese Gleichstellung nur nach dieser einen Richtung hin erfolgt. Im Uebrigen bleibt es dabei, daß ein wirkliches Usucapiren pro herede nur an einer besitzbaren also körperlichen Sache statt finden könne [3]), und daß dies Usucapiren nur an einer Erbschaftssache, also Sache des Verstorbenen (nicht: einer Sache Dritter, die man für eine Erbschaftssache hält) denkbar ist.

b) Diese Erbschaftssache muß überhaupt usucapirbar sein [4]). Auf Rechte, die nicht usucapirbar sind,

2) Cic. de legib. II. 19, 48: de bonis, *quae eius fuerint quum moritur*. fr. 1. pro herede 41. 5: pro herede *ex vivi bonis* nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit. Huschke a. a. O. S. 182.

3) Cic. de leg. l. c.: qui . . . usuceperit plurimum *possidendo;* . . qui *rem* ceperit. Gai. II. 52: si *rem* hereditariam . . . aliquis *possederit.*

4) Gai. II. 52: ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem. Vgl. auch die Ziff. 44. citirte Stelle von Cicero ad Att. I. 5.

wie ein Usufruct oder die Pfandfreiheit, erstreckt sich, auch wenn die Sache an sich usucapirt werden könnte, die pro herede usucapio nicht[5]).

c) Die durch den Tod des Erblassers besitzfrei gewordene Sache darf, um pro herede usucapirt werden zu können, noch nicht vom Erben in Besitz genommen worden sein[6]). Das Erbewerden an sich, ohne Besitzergreifung von Seiten des Erben, hindert die pro herede usucapio nicht. Hievon sind aber die Römer in dem Punkte abgegangen, daß, während dem necessarius heres gegenüber die pro herede usucapio zugelassen wurde[7]), man sie beim Vorhandensein von sui, wenigstens nach der später herrschenden Theorie, nicht gestattete.

l. 2. C. de usuc. pr. her. 7. 29: Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, *magis obtinuit.*

Der Grund der Römer wird dabei der Satz gewesen sein: continuationem dominii eo rem producere, ut nulla videatur hereditas fuisse[8]); ein Grund, der, wenn man ihn wörtlich so nehmen wollte, daß bei den sui heredes von hereditas gar nicht die

5) Fr. 44. §. 5. de u. & u. 41. 3.

6) Gai. II. 52: rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est. III. 201: res hereditarias, quarum non prius nactus possessionem . . . necessarius heres esset.

7) Gai. III. 201: nam necessario herede extante placuit, ut pro herede usucapi possit. II. 58.

8) Fr. 11. de lib. et post. 28. 2. Gai. II. 157. §. 2. I. de her. qual. et diff. 2. 19. §. 3. I. de her. quae ab. int. 3. 1. Collatio XVI. 3. §. 6. Vgl. Huschke a. a. O. S. 171.

Rede sei, viel zu weit führen würde [9]), und der deßhalb als zu Viel und also Nichts beweisend, den römischen Gegnern dieser Ansicht gewiß nicht einleuchtend erschien. Viel gewichtiger für das Durchdringen dieser Ansicht war wohl das mit diesem Grunde verschleierte und colorirte Streben, die pro herede usucapio, wo sich irgend etwas dafür anführen ließ, möglichst in engere Gränzen zu verweisen [10]).

d) Die Sache muß jetzt, wo die pro herede usucapio beginnen soll, auch in Beziehung auf die Nichtheredes als besitzfreie erscheinen.

9) Wird ja doch in einer anderen Stelle derselbe Gedanke wiederum auf parentes et liberi angewandt, um ganz etwas Anderes als passend darzustellen: fr. 1. §. 12. de succ. ed. 38. 9: „qui paene ad propria bona veniunt. — Vgl. auch fr. 50. §. 2. de bon. lib. 38. 2: quum omnia, quae nostra sunt, liberis nostris ex voto paremus. Cic. in Verr. II. l. c. 44: Quibuscum vivi bona nostra partimur, iis praetor adimere nobis mortuis bona fortunasque poterit? — In dem fr. 11. de lib. et post. wird auch vorsorglich durch ein quodammodo [„qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur"] angedeutet, daß es sich hier nicht um ein festes juristisches Princip, sondern um einen in mannigfacher Schattirung verwendbaren Aequitätsgrundsatz handele. Auch für die Stellung der Ehegatten unter einander hat man ihn verwendet: fr. 1. rer. am. 25. 2.: quia societas vitae *quodammodo dominam* eam faceret.

10) Hingst l. c. p. 125., die Sonderstellung der sui gegenüber der pro herede usucapio ignorirend, nimmt einfach an: „iam demum ab aliis usucapta. Eodem modo *sui*, si tertio anno demum agnoscerent, bonis paternis privari poterant!"

Also:

α) eine Erbschaftssache, die sich von Zeiten des Erblassers her bei einem Dritten auch nur in Detention befindet, kann, weil hier in dem Ergreifen der Sache ein furtum liegen wird, nicht Gegenstand der pro herede usucapio sein [11]).

Fr. 68. de furt. 47. 2. (Marcell.): Hereditariae rei furtum fieri Julianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat; fr. 69. (Scaev.) aut in qua ususfructus alienus est; fr. 70. (Marcell.) his enim casibus putabat hereditariarum rerum furtum fieri et usucapionem impediri.

β) Eine Erbschaftssache, die seit des Erblassers Tode schon von einem Anderen pro herede in Besitz genommen worden ist, kann (obgleich hier demselben aus dem Wegnahmeacte keine actio furti erwächst, fr. 71. §. 1. de furt. 47. 2.) durch die Wegnahme nicht in den Zustand der pro herede usucapio gebracht werden [12]).

γ) Eine Erbschaftssache, die man bereits aus einem anderen Grunde, sei es schon vor dem Tode des Erblassers sei es nach demselben, in die Hand bekommen hat, kann man sich selbst (nach dem Grundsatze: ***nemo sibi causam possessionis mutare potest***) nicht aus diesem Zustande des Habens wieder wegnehmen und nun pro herede besitzen wollen [13]). Also wer bisher schon

11) Huschke a. a. O. S. 190.

12) Fr. 4. §. 23. de u. & u. 41. 3.: non poterit usucapi . . §. 24: Idem dicendum est in eo, *qui eum expulerit qui pro herede possidebat,* quamvis sciat esse hereditarium.

13) Fr. 2. §. 1. pro herede: Quod vulgo respondetur:

aus einem anderen Grunde Usacapionsbesitz hatte, konnte nicht in die (mit jähriger, also für den Besitzer vielleicht kürzerer Zeitfrist versehene) pro herede usucapio herübertreten, und wer bisher noch gar nicht usucapirte, konnte nicht seinen Zustand der Detention in einen Usucapionsbesitz umwandeln [14]).

48. — 2) Subjective Erfordernisse.

a) Der Besitz der nach Nr. 1. als besitzfrei vorausgesetzten Sache muß vom Usucapienten nach dem Tode des Erblassers ergriffen worden sein.

b) Eines titulus, wie er sonst bei der Usucapion erfordert wird, bedarf es hier nicht. Jeder soll eben die Güter als factisch-vacante occupiren können.

α) Die Erbgüter werden vor der Antretung als nullius in bonis stehend betrachtet.

Fr. 1. pr. de rer. div. 1. 8. Gai. II. 9. Gai. ep. II. 1. §. 1.: Sed et res hereditariae antequam aliquis heres existat . . . *in nullius bonis esse* videntur. Bei der pro herede usucapio, deren Ein-

causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, *ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis* intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum neque eum apud quem res deposita, aut cui commodata est, *lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.* §. 2. Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. Cui consequens est, ut filius a patre heres institutus res hereditarias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit.

14) Huschke a. a. O. S. 195.

führung gerade den Zweck hatte zu veranlassen: maturius hereditates adiri, wird regulär die Antretung als noch nicht erfolgt vorausgesetzt. Man geht also von dem provisorischen Gesichtspunkte aus: die Güter sind doch nun einmal zunächst factisch nullius in bonis, mithin factisch vacant; und man behandelt sie als solche nun nicht bloß bis zur Antretung sondern auch weitergehend bis dahin, daß der Erbe durch Besitzergreifung gleichsam jedem einzelnen Erbstück gegenüber seine Antretung realisirt hat [15]. Also die römische Rechtfertigung geht gerade vom provisorisch factischen Zustande aus. Indem Gaius II. 55. als den Zweck des Instituts das maturius hereditates adiri angiebt, kann er nicht II. 52. „ganz vorzugsweise an den Fall denken, wo der heres die Erbschaft bereits erworben habe“ [16]. Vielmehr die eigentliche Tendenz des Instituts hat die nicht angetretene Erbschaft vor Augen; aber freilich ändert sich dadurch für die nothwendig unjuristische und gezwungene Rechtfertigung des Instituts schließlich nichts, denn der pro herede Occupirende steht dem erst später Antretenden in Folge der Retrotraction der Erbantretung vom definitiv-juristischen Standpunkte aus doch ganz ebenso gegenüber, wie dem, welcher schon vorher Erbe geworden war.

β) Von dem factisch provisorischen Standpunkte aus, daß, was der Erbe noch nicht occupirt hat, Jeder occupiren könne, gehen nun freilich die Römer keineswegs so weit, zu sagen, die Erbgüter seien juristisch-herrenlos, und also Jeder könne sie durch Occupation sogleich in sein Eigenthum bringen. Vielmehr ziehen sie

15) Meine Bon. Poss. I. S. 26. 29. 31.
16) Fitting a. a. O. S. 264.

nur die Consequenz daraus, der Occupant dürfe sie durch jährigen Besitz dem heres entziehen und sich zuwenden. Im Rechtssatz selbst, der dies Institut sanctionirt hat, liegt für jeden Zugreifenden die Rechtfertigung (der iustus titulus). Aber freilich steht nach dem Rechtssatz die Handlung des Zugreifens unter einer nothwendigen Voraussetzung, die sich aus der älteren Periode der pro herede usucapio erklärt und auch in ihrer späteren Periode stets unverändert geblieben ist. Zum Zugreifen legitimirt der Rechtssatz nur denjenigen, der wie ein Erbe auftritt, also sich *pro herede* gerirt, der velut heres sein will und demgemäß denn auch die Consequenzen des Erbeseins, das Schuldenzahlen und Sacraprästiren, auf sich nimmt. Auch nachdem die pro herede usucapio zur Erbsachenersitzung herabsank, ist die Voraussetzung dieses besonderen animus stets unverändert festgehalten worden. Der Occupant muß wie ein Erbe auftreten oder (wie ein später genauer zu betrachtender Ausdruck sagt) contendere se heredem esse.

Bei dieser vom Factischen ausgehenden Motivirung und Rechtfertigung der pro herede usucapio sind sich die Römer aber vollkommen klar darüber, daß von den rein rechtlichen Grundprincipien aus es sich um ein Institut handelt, von dem man offen einräumen müsse, daß darin das zugelassene wissentliche Greifen fremden Gutes, einer res *aliena*, liege, (mag die Antretung schon erfolgt sein oder mag die hinterdrein erfolgte Antretung retrotractiv auf's mortis tempus zurückspringen), und daß man eigentlich den Ergreifungsact ein furtum nennen müsse. Eben die Legitimirung des Actes trotz dieser Bedenken ist den Römern lediglich die auf gewisse Zweckmäßigkeitsgründe zurückgeführte *concessio* des Spezialrechtssatzes.

Gai. III. 201: Rursus ex diverso ***interdum*** (rem) ***alienam*** occupare et usucapere ***concessum est, nec creditur furtum fieri,*** velut res hereditarias rel. II. 52: nam ei ***concessum*** est usucapere . . . quae ***species*** possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

γ) Zu weit geht bei der Erklärung des Grundgedankens des Instituts Huschke[17]), indem er annimmt, die Erbschaftssachen seien nur deßhalb nicht als völlige res nullius, die gleich durch Occupation ins Eigenthum kämen, angesehen worden, weil sie doch „Sachen im Staat, und zwar Sachen eines Verstorbenen, in denen die Gewähr einer römischen Familie fortdauert, gewesen seien.“ Dagegen die Rücksicht auf den Erben komme für den Occupanten gar nicht in Betracht. Mit ihm stehe der Occupant in gar keinem Verhältniß, ihm gegenüber (dessen Berufung ja überhaupt nicht nothwendig und in allen Fällen geschehe, und bei dem überhaupt fraglich bleibe, ob der Berufene sich des Guts annehmen wolle) „verfahre der lebende Occupant nicht widerrechtlich.“

Dies ist gegen die Darstellung des Gaius. Die Sachen werden in der That als res ***alienae***, d. h. nicht Sachen des Verstorbenen, sondern des Erben gedacht. Das Rechtsinstitut stellt sich gerade auf den exorbitantesten Fall, daß ein berufener Erbe da ist und die Erbschaft antreten wird, und nun also nach dem Retrotractionsprincip der Antretung vom mortis tempus an dominus der Sache ist. Also auch wenn die Antretung erfolgt und damit eine gewinnsüchtige Occupation einer res aliena stattfindet, so liegt die Recht-

17) a. a. O. S. 165.

fertigung des Occupanten doch vor, aber auch lediglich in der concessio dieses Specialrechtssatzes, der (aus Gründen, die hier zunächst noch dahin gestellt bleiben mögen) contra rationem iuris eine absonderliche Gestaltung geschaffen hat.

c) Weil das Institut auf Specialrechtssatz ruht, der dem Besitzergreifenden jede Art von rechtfertigender causa ersetzt, so ist auch rücksichtlich des subjectiven Glaubenszustandes des Ersitzenden diese Usucapionsspecies dem principiellen Grundgedanken der Usucapion entgegengesetzt.

α) *Bona fides* ist nicht erforderlich, ist aber natürlich auch kein Hinderniß der pro herede usucapio. Also der Occupant kann sich in gutem Glauben befinden, daß er selbst der Erbe sei (bonae fidei possessor), er kann es aber auch direct wissen, daß der Erbe ein Anderer ist und vielleicht sogar dies Erbrecht bereits angetreten hat, daß er also wirklich eine res aliena nimmt (malae fidei possessor oder praedo).

Gai. II. 52. Rursus ex contrario accidit, ut qui *sciat alienam rem* se possidere usucapiat.

Und mag nun ein Erbschaftserwerb schon erfolgt sein [18]), oder nur in Aussicht stehen, oder auch gar nicht eintreten, als animus des Occupanten kommt eben lediglich der Wille in Betracht, (nicht bloß in gutem Glauben, er sei Erbe, sondern) als wie wenn er Erbe wäre (pro herede) einen Gewinn zu machen.

18) Um gerade diesen schroffsten Fall zu präcisiren, supponirt Gaius III. 201, daß die pro herede usucapio gegen den necessarius heres gerichtet sei. Für diesen trat ohne Antretung das Erbewerben ipso iure ein, hier war es also gleich von Anfang an völlig sicher, daß es sich um eine res aliena handle.

Fr. 2. §. 1. pro herede: *lucri faciendi causâ* pro herede usucapere posse.

Fr. 71. §. 1. de furt. 47. 2: eius qui *lucrum facturus est.*

Gai. II. 56: haec autem species possessionis et usucapionis etiam *lucrativa* vocatur; nam *sciens* quisque rem *alienam* lucri facit.

β) Es ist also gerade die Eigenthümlichkeit dieses auch den praedo zulassenden Instituts, daß, während an sich der animus dieses praedo dem des fur ganz parallel liegt[19]), hier nun doch wegen der besonderen concessio des Rechtssatzes vom occupare der res aliena gesagt wird:

nec creditur furtum fieri (Gai. III. 201.) Damit ist übrigens nicht gesagt, daß die Sachlage der des furtum im engeren technischen Sinn nach allen Seiten hin völlig gleichstehe. Gaius spricht nur davon, daß in Folge besonderer concessio hier ein Fall vorliege, wo eine occupatio rei alienae lucri faciendi causa zulässig sei, und nicht als furtum im materiellen Sinn angesehen werde. Dabei bleibt es noch immer eine offene Frage, ob, wenn diese concessio nicht vorhanden wäre, nun der Begriff des furtum im eigentlich juristischen Sinn, oder nicht vielmehr, wegen anderer dem furtum entgegenstehender Gründe, der parallel liegende des depopulari der hereditas herauskomme. Ebenso wird in fr. 1. §. 1. si is qui testamento liber. 47. 4. davon gesprochen: hereditati *furtum fecit* (im Sinn von calliditas et protervitas horum qui hereditates depopulantur), obgleich dann im §. 15. ausgeführt

19) Fr. 1. §. 3. de furtis 47. 2: furtum est contrectatio rei fraudulosa *lucri faciendi gratia.*

wird: idcirco hereditati *furtum non fieri*, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi (vgl. fr. 2. §. 1. expil. her. 47. 19.). Und ferner wird von der Klage dieses Titels 47. 4., die in locum deficientis furti actionis propter servitutem (fr. 1. §. 1. si is qui test. lib.) gesetzt ist (fr. 1. §. 10. eod.), — obgleich ja eben das surripere einer Erbschaftssache ante aditam hereditatem kein furtum im engeren Sinn ist, — dennoch in fr. 1. §. 14. eod. gesagt: non tantum autem *ad* sola *furta* ista actio pertinet, sed etiam rel.). Also die Klage umfaßt die *furta* im materiellen Sinn, die nur wegen anderweiter Gründe nicht furta im technischen Sinn sind.

γ) Trotz der concessio des Rechtssatzes bleibt aber in sich der Wille des „praedonio more" Erbsachen Occupirenden das was er einmal ist: das gewinnsüchtige causalose Nehmen einer sicher (schon gegenwärtig oder zukünftig) oder möglicherweise fremden Sache. Und mag deßhalb das Institut der pro herede usucapio durch die Utilitätsgründe, die es hervorgerufen haben, gerechtfertigt sein; mag es ferner, wie Huschke (S. 205) vermuthet, ursprünglich factisch nur oder überwiegend in frommem Sinn zur Anwendung gekommen sein als die Handlung „einer dem Verstorbenen nahe stehenden Person, um sein Heil und seine Ehre bei Göttern und Menschen zu retten, gegenüber dem um seine Ehre zu wenig bekümmerten Erben" [20]) —, principiell-juristisch ist das auf bona fides kein Gewicht legende Institut doch von Anfang an das, als was es Gaius bezeichnet und was er auch gerade als ein schon bei Einführung des

20) Eine andere Seite der practischen Zweckmäßigkeit des Instituts ist oben hervorgehoben worden. Ziff. 44. a. E.

Instituts gleichmäßig bestehendes Moment hervorhebt, die legislative Beschützung einer Improbität.

Gai. II. 55: quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, rel.

49. — B. Nach dem Bisherigen ist die pro herede usucapio ein Institut, das die Verschiedenheiten des bonae fidei possessor (qui putat se heredem esse) und des praedo (qui bona invasit, quae scit ad se non pertinere) schon in sich birgt, ohne aber auf diesen Unterschied Gewicht zu legen, so daß sich der juristische Charakter des Instituts gerade nach der letzteren Seite bemißt, und man es also im Ganzen eine improba possessio und usucapio nennen muß. Es konnte nun aber gar nicht ausbleiben, daß der Unterschied der im Genaueren in ihm liegenden *proba* und *improba* pro herede possessio denn doch bei den Römern nicht bloß factisch und sittlich, sondern allmälig auch rechtlich eine gewisse und zwar immerfort steigende Bedeutung gewann.

1) Namentlich konnte sich dies zuerst Bahn brechen in Betreff der von *arbitri* zu entscheidenden [21]) Frage, wie weit ein solcher Besitzer gegenüber der angestellten hereditatis petitio die Restitution der Erbschaft auszuführen habe. Die geschichtliche Entwicklung dessen, was in dieser Hinsicht allmälig in der Tradition der Gerichte Platz gegriffen hat, kennen wir nicht mehr, da es in dem Sc. Inventianum, an das die späteren Juristen sich dann halten, seinen Abschluß gefunden hat [22]).

21) Vgl. Rudorff R.G. II. §. 36. A. 23—25.

22) Fr. 20. §. 6. de her. pet. 6. 2: Praeter haec *multa reperimus tractata* et de petitione hereditatis, de

2) Ein anderer wichtiger juristischer Unterschied wird in dem fr. 33. §. 1. de u. & u. 41. 3. besprochen [23]). Um ihn verständlich zu machen, muß Folgendes vorausbemerkt werden.

Wenn man einmal auf den Gegensatz von proba und improba possessio Gewicht legt, so ist das probe possidere zunächst als das *putare se heredem esse* zu denken. Als aber nun der Prätor die hereditatis possessio einführte, so kann, wie wir uns dies Institut auch im Genaueren denken mögen, jedenfalls über den bonorum possessor kein Zweifel sein. Möglicherweise kann auch der bonorum possessor ein solcher sein, der putat se heredem esse; seine Stellung kann aber allerdings auch die sein, daß er — wenn nämlich der vor ihm stehende heres die bonorum possessio versäumt und er selbst nun die ihm deferirte bonorum possessio annimmt — *scit se non heredem esse.* Unter allen Umständen aber ist er als probus possessor anzusehen. Denn iuste possidet, qui auctore Praetore possidet (fr. 11. de acq. v. a. poss. 41. 2.). Nothwendig mußte man außerdem, wenn man sich einmal auf den Standpunkt, die bon. fides entscheiden zu lassen, stellte, noch weiter gehen. Die bona fides, als etwas an sich Innerliches, muß eine factisch und äußerlich aus den Umständen zu rechtfertigende sein. Also der, welcher putat se heredem esse, muß wirklich einen objectiven Grund *(iusta causa)* dafür haben;

distractis rebus hereditariis, *de dolo praeterito* et de fructibus, de quibus *cum forma senatusconsulto sit data*, optimum est ipsius senatusconsulti interpretationem facere verbis eius relatis.

23) Huschke a. a. O. S. 199.

er muß sich z. B. auf ein wirklich vorhandenes Testament stützen, in welchem er eingesetzt ist, welches nur vielleicht durch ein ihm nicht bekanntes späteres Testament aufgehoben ist [24]). Demgemäß aber läßt sich nun auch denken, daß Einer gar keine bonorum possessio erbeten hat, aber in gerechtfertigter Weise glauben darf (indem er z. B. einen Stellvertreter beauftragte), bonorum possessio erbeten zu haben. Ja man kann in dieser Hinsicht nicht einmal den Rechtsirrthum ganz ausschließen. Er kann sich über den Vernichtungsgrund des Testaments, über die Berechnung der nächsten Verwandtschaft geirrt haben, und doch können die Umstände deutlich zeigen, daß er in bona fide sei, also es kann eine genügende causa der Entschuldigung vorliegen [25]).

24) Noch weitergehend besitzt natürlich auch der wirkliche *heres:* pro herede [was aber für unsere Frage der pro herede usucapio, bei der wir den Besitzer dem wirklich vorhandenen oder hypothetischen heres gegenüberstellen und jedenfalls als non heres voraussetzen, nicht weiter in Betracht kommt]. Gai. IV. 144: pro herede autem possidere videtur tam *is qui heres est.* Ebensogut wie man pro suo besitzt: nicht bloß was man erst noch pro suo zu ersitzen hat, sondern was man als terra mari coelo Capirtes gleich ins Eigenthum bekommt, fr. 2. pro suo 41. 10. — Vgl. übrigens Ziff. 44. A. 92.

25) Fr. 25. §. 6. de her. pet. 5. 3.: Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, *qui factum scit, an et is qui in iure erravit?* putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri. et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret. So wie aber bei dem facti error eine iusta causa der Entschuldigung vorliegen muß, so na-

Man muß also sagen: probus pro herede possessor ist

a) wer auf Grund sicherer objectiver erbrechtlicher Thatsachen putat se heredem esse, indem er wirklich der Erbe ist. — Dieser Punkt tritt für uns bei Seite.

b) wer bonorum possessio erbeten hat, mag er dabei putare se heredem esse oder geradezu scire se non heredem esse. (Gleichartig auch der Un.-Fidei-commissar; Francke Commentar S. 139. 146.)

c) wer auf Grund unsicherer erbrechtlicher Thatsachen, aber in subjectiv entschuldbarer Weise (iusta causa existimandi), putat se heredem vel bonorum possessorem extitisse, fr. 20. §. 13. de her. pet. 6. 1.

Die Fälle b und c sind die proba pro herede usucapio und es leuchtet ein, daß diese dem regulären Usucapionsinstitut durchaus gleichartig ist. In der That haben nun auch die Römer in einem wichtigen Punkte sie den über die improba bestehenden Rechtsregeln entzogen, und den für die gewöhnliche Usucapion geltenden gleichgestellt. Dies beweist jenes fr. 33. §. 1. cit.: (Julian. lib. 44. Dig.)

Quod vulgo respondetur: ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, toties verum est, quoties quis *sciret se bona fide non possidere*, et *lucri faciendi causa* inciperet possidere; idque per haec probari posse: si quis emerit fundum sciens ab eo cuius non erat, *possidebit pro possessore* [26]);

türlich auch hier eine factische Sachlage, aus der sich für den Besitzergreifer eine genügende Entschuldigung entnehmen läßt, so daß die Annahme des dolus für seine Person ausgeschlossen wird.

26) Also er kann nicht ersitzen, indem er *clam* possidet,

sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emtore possidere [27]), nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse; idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, quum existimaret eum dominum esse.

Also: wer sciens a non domino emit, — mag man ihn nun als einen clam possidens, oder als pro possessore possessor betrachten, oder mag man ihm einen pro emtore-Besitz aber mit Unfähigkeit zu usucapiren zuschreiben, — ist jedenfalls nach Julian Einer, der lediglich *lucri faciendi causa incepit possidere* [insbesondere: wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat [28])]. Nichtsdestoweniger aber, führt Julian aus, ist es nicht als unzulässiges possessionis causam mutare anzusehen, wenn er hinterdrein vom dominus kauft. Er wird dann Eigenthümer. Ebenso wenn er bona fide vom non dominus kauft, so beginnt für ihn der Usucapionsbesitz. Also dieser wirkliche Usucapionsbesitz, der eben keine lucrativa possessio et usucapio ist, wird, als ein rechtlich wohlbegründetes Verhältniß, von dem Satze: nemo sibi causam posses-

wie African in fr. 40. §. 2 de acq. poss. 41. 2 es ausdrückt. Die späteren Juristen (Paulus und Ulpian) nehmen dann allerdings eine possessio *pro emtore*, auf Grund deren man aber nicht usucapiren könne, an; fr. 2. §. 1. pro emt. 41. 4. Francke Comm. S. 141; vgl. auch fr. 13. §. 8. de her. pet. 5. 3. Vat. Fr. §. 1.

27) Auch der, welcher durch Kauf dominus geworden ist, besitzt pro emtore, ebenso wie der wirkliche heres: pro herede possidet (s. A. 24.).

28) Vgl. fr. 13. §. 8. de her. pet. 5. 3. und meine Mancipation und Tradition. S. 118. ff.

sionis mutare potest überhaupt nicht getroffen. Von diesem dem Erbrecht gar nicht angehörigen Fall nimmt dann Julian den Anlaß, auf die proba pro herede usucapio überzugehen.

Idem hic, si a domino heres institutus fuerit [29]) vel bonorum eius possessionem acceperit (der Fall b), incipiet fundum *pro herede possidere.* Hoc amplius: *si iustam causam habuerit existimandi* se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse (der Fall c), fundum *pro herede possidebit, nec causam possessionis sibi mutare videbitur.*

Wer mithin wissentlich vom non dominus gekauft hat, kann doch, sowohl im Fall b wie im Fall c, pro herede possidere, indem er jetzt den Erfordernissen der regulären Usucapion entspricht. Also er besitzt, wie wir aus dem Gegensatz die Worte entnehmen dürfen, in Wirklichkeit bona fide und hat nicht *lucri faciendi causa* zu besitzen angefangen. Hiemit ist nun vom Juristen das angedeutet, was wir ja auch nach dem Obigen mit voller Sicherheit wissen, daß nämlich demjenigen, der lucri faciendi causa incipit possidere, eine mutatio causae possessionis und also der Vortheil der pro herede usucapio nicht zugänglich ist [30]).

29) Hier setzt also Julian, parallel dem Fall des Kaufs a domino, die vom wirklichen Erben erfaßte pro herede possessio voraus (vgl. A. 24), d. h. es ist der Fall a.

30) Der Fortgang des fr. 33. §. 1. cit. bedarf hier keiner weiteren Erläuterung: Cum haec igitur recipiantur in eius persona qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? Et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab

50. — 3) Weiter hat man zwischen der proba und improba pro herede usucapio noch folgenden juristischen Unterschied zu machen.

Wer auf Grund einer iusta causa mit bona fides eine Sache in Besitz hat, steht in einem Rechtsverhältniß, welches [anders wie der Interdictenbesitz, der bloß das formale äußerliche Haben der Sache dem Störenden gegenüber betrifft] schon materielle, dem Eigenthum gleichartige Befugnisse an der Sache z. B. das Fruchtziehungsrecht, in sich trägt. Und zwar sind diese Befugnisse vorhanden, auch wenn der bonae fidei possessor, aus besonderen dem Sacheigenthümer gegenüber zu nehmenden Rücksichten, als Usucapionsbesitzer nicht anerkannt wird [31]). Unter diesen Befugnissen ist eine von nicht geringer practischer Wichtigkeit, nämlich die, daß, wenn die Sache dem bonae fidei possessor gestohlen wird, ihm die *furti actio* zusteht. In diesem Punkte liegt rücksichtlich der Stellung des Besitzers zur Sache Folgendes.

Der bonae fidei possessor hat ein wirkliches juristisch zu rechtfertigendes Interesse zur Sache. Der malae fidei possessor hat allerdings, da ihm das periculum der Sache aufliegen kann, factisch sicherlich ein Interesse daran, daß ihm die Sache nicht gestohlen werde. Aber man kann dies Interesse nicht juristisch in Rechnung bringen und ihm darauf hin nicht gegen den

eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emtore [nicht: herede, wie bei Huschke S. 200. gedruckt ist] possidere.

31) Fr. 48. (49.) §. 6. de furt. 47. 2: Ex *furtivis* equis nati statim ad *bonae fidei emtorem* pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur.

wegnehmenden Dieb eine Klage fundiren wollen; denn dann würde derselbe geradezu in Folge seiner Improbität eine Klage gewinnen, was nicht zulässig ist.

Fr. 12. §. 1. de furtis 47. 2. (Ulp.): Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non surripi, quippe cum res periculo eius sit. Sed nemo de improbitate sua consequitur actionem; et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.

Es ist also einerlei, ob man mit dieser Stelle sagt: der malae fidei possessor hat (factisch) das Interesse rem non surripi, aber dies Interesse kommt (juristisch) nicht in Betracht zur Fundirung der actio furti; — oder ob man sagt: der malae fidei possessor hat nicht das zur Fundirung der actio furti nöthige juristische Interesse. Dieses juristische Interesse des bonae fidei possessor ist es, welches (ganz getrennt vom Interesse des Sacheigenthümers) in der actio furti zum Gegenstande der Aestimation gemacht wird.

Fr. 75. (74.) de furt. (Javol.): Furtivam ancillam (also eine bloß der bonae fidei possessio, nicht dem Usucapionsbesitz zugängliche Sache) bona fide duorum aureorum emtam cum possiderem, surripuit mihi Attius, cum quo et *ego* et dominus *furti agimus*. Quaero, quanta aestimatio pro utroque fieri debet? Respondit: *emtori* duplo, *quanti eius interest*, aestimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit; nec nos movere debet, quod duobus poena furti praestabitur, quippe, cum eiusdem rei nomine praestetur, *emtori eius possessionis*, domino ipsius proprietatis *causa* praestanda est.

Die bonae fidei possessio hat also ihr eigenes juri-

stisches Interesse. Es kann kein Zweifel sein, daß dieses juristische Interesse wie dem Käufer a non domino, ganz ebenso auch dem bonorum possessor [32]) eines dominus oder demjenigen, welcher iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse zuzuerkennen ist, d. h. Personen, die in Betreff der bonae fidei possessio in dem fr. 33. §. 1. de u. & u. mit dem Käufer a non domino auf gleiche Stufe gestellt werden. Also: der probus pro herede possessor hat, wenn ihm eine Erbschaftssache surripirt wird, die actio furti.

Wie steht es nun aber in dieser Hinsicht mit dem improbus pro herede possessor? Wir haben über ihn eine (oben Ziff. 47. — d. β) schon angeführte Stelle, welche ihm, und zwar unter Anführung der ganz zutreffenden inneren Begründung, die actio furti abspricht.

Fr. 72. (71.) §. 1. de furt. (Javol.): Eius rei, quae *pro herede* possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cuius interest rem non surripi; interesse autem eius videtur qui damnum passurus est, *non eius qui lucrum facturus est.*

Diese letzten Worte zeigen, daß der Jurist hier lediglich von der lucrativa oder improba pro herede usucapio spricht. Ein bonorum possessor oder ein mit iusta causa sich für den heres oder bonorum

32) Das fr. 47. de furtis 47. 2. (Paul.): Si dominium rei surreptae quacunque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et *bonorum possessori,* — gehört nicht hieher, indem es eine schon gegen den Verstorbenen erfolgte Surreption voraussetzt.

possessor des dominus Ansehender erleidet ebenso im juristischen Sinn damnum wie ein Käufer oder Donatar a non domino. Aber wer lucri faciendi animo die Erbschaftssachen occupirt, hat freilich immerhin ein factisches Interesse rem non surripi, im juristischen Sinn ist dies aber kein für die actio furti verwendbares Interesse. Er will eben, ganz wie ein pro possessore possessor, der sciens a non domino die Sache kaufte, lediglich durch dieses sein possidere ein lucrum machen. Und dabei kommt nun auch nicht die Rücksicht auf das Usucapionsrecht in Betracht. Ebenso wie der bonae fidei possessor darum nicht seine actio furti einbüßt, daß die Sache als eine auch dem dominus gestohlene der Usucapion entzogen ist, ebenso kommt es umgekehrt für die lucrativa pro herede possessio und die hier nöthige Ausschließung der actio furti gar nicht in Betracht, daß diesem possessor nach positiver Rechtssatzung die usucapio pro herede zugestanden ist („*quamvis* usucapere quis possit“).

51. — 4) Man kann die bisherige Erörterung so zusammenfassen: In der classischen Jurisprudenz hat sich — ganz trennbar von dem positiven Fortbestande der pro herede usucapio, der von der Gesetzgebung abhängig war —, die innere Scheidung der proba und improba pro herede possessio vollzogen. Die proba wird ganz der regulären Usucapionslehre gleichartig behandelt. Man erkennt das, auf *iusta causa* sich stützende *bona fide* als Erbe Auftreten seinem inneren Gehalte nach als eine materielle Berechtigung zur Sache an; man entzieht es dem beschränkenden Satze: nemo sibi causam possessionis

mutare potest; man stellt bei der Restitutionsfrage der Erbschaft an den heres, da wo das *arbitrium* iudicis walten kann, den probus possessor in Folge seiner bona fides in eine bessere Lage als den praedonio more Occupirenden. Nur deßhalb hat man die proba pro herede usucapio nicht ganz in der gewöhnlichen bonae fidei possessio und Usucapion aufgehen lassen können, und sie äußerlich noch immer mit der improba pro herede usucapio vereinigt halten müssen, weil nun einmal die der pro herede usucapio von Alters her zustehende Jahresfrist, wenn sie der improba nicht versagt wurde, natürlich auch für die proba sich nicht verändern konnte. So war denn also immer gegenüber der regulären Usucapion der Unterschied, daß die proba pro herede usucapio, als ein aus der historischen Entwicklung des Instituts resultirendes Privilegium, auch in Betreff des fundus nur des Ablaufs eines Jahres bedurfte.

Lediglich auf diese proba pro herede usucapio mögte ich übrigens auch einen Paulinischen Ausspruch beziehen, der so, wie er uns entgegentritt, allerdings für die ganze pro herede usucapio gelten zu sollen scheint.

Fr. 4. pro herede (Paul. l. 5. ad leg. Jul. & Pap.) 41. 5: Constat eum, qui testamentifactionem habet, pro herede usucapere posse.

Daß derselbe in der Justinianeischen Compilation uns so entgegentritt, macht keine Schwierigkeiten, da Justinian [was aber hier nicht weiter zu erörtern ist[33])] überhaupt die improba pro herede usucapio in die Compilation nicht hat aufnehmen, also lediglich die proba fortbestehen lassen wollen. Daß aber Paulus

33) Vgl. Fitting a. a. O. S. 271.

diese Worte auch mit für die improba in dem Sinn, daß dieselbe jedem Erbunfähigen verschlossen gewesen sei, geschrieben habe [34]), ist doch schwer glaublich. Die pro herede usucapio ist allerdings nur den cives zugänglich, aber daß man im Uebrigen, während man doch sagte: „Jeder kann zugreifen, weil wir die Erbschaft absichtlich als *nullius* in bonis stehend betrachten wollen", nun noch wieder das specielle Erforderniß der Erbfähigkeit aufgestellt haben sollte, wäre doch merkwürdig [35]). Dies ist auch wohl Huschke's Ansicht, der der Stelle, sie auf das ganze Institut der pro herede usucapio beziehend (S. 174. 179.), lediglich folgenden Sinn unterlegt: „jeder, der (passive) testamentifactio hat — welche stets Erbfähigkeit voraussetzt — kann auch pro herede usucapiren; nicht umgekehrt ist jeder, der die testamentifactio nicht hat, auch von der pro herede usucapio ausgeschlossen." Damit wäre indeß so gut wie gar nichts gesagt, und nicht recht begreiflich, wie Paulus zu diesem Ausspruch gekommen sein sollte. — Wohl aber ist der Ausspruch vollkommen verständlich, wenn man annimmt, Paulus habe dabei lediglich von der proba pro herede usucapio geredet. Um nämlich eine „iusta causa existimandi", daß man aus einem Testamente Erbe eines Anderen geworden sei, haben zu können, muß man jedenfalls erst einmal testamentifactio (passiva) wirk-

34) In diesem Sinn nimmt Fitting S. 265. unbedenklich die Stelle.

35) Es ist für die improba pro herede possessio ja nur ein lügenhaftes sich als Erben Ausgeben nöthig, warum soll denn rücksichtlich der testamentifactio das Vorhandensein, nicht bloß das Behaupten derselben, erfordert worden sein?

lich haben. Aus dem Zusammenhange, in dem Paulus die Worte schrieb, wird es unzweideutig gewesen sein, daß er eben nur die proba pro herede usucapio vor Augen hatte.

52. — IV. Die hereditatis petitio geht bekanntlich nach dem Ausspruch der Quellen gegen den *pro herede possessor* und den *pro possessore possessor*. Die terminologische Frage von der Bedeutung dieser Ausdrücke ist eine in verschiedener Hinsicht höchst wichtige geworden. Es gehen dabei gerade erst in der neueren Zeit, seitdem das Institut der pro herede usucapio Gegenstand sorgfältiger Untersuchungen geworden ist, die Ansichten wesentlich auseinander. Während man früher beide Ausdrücke einfach mit den Begriffen des bonae und malae fidei possessor gleichbedeutend nahm, hat Huschke [36]), dem Francke [37]) folgt, die Ansicht aufgestellt, daß unter dem pro herede possessor sowohl der probus pro herede possessor wie auch der in improba et lucrativa possessio stehende praedo, dagegen unter dem pro possessore possessor nur die sonstigen praedones verstanden werden. Dem gegenüber hat Fitting [38]), sich mehr wieder der älteren Ansicht nähernd, eine verschiedene Bedeutung des Ausdrucks pro herede possessio einerseits im Institut der pro herede usucapio und andererseits bei der Erbschaftsklage angenommen, indem unter dem pro herede possessor dort die improba et lucrativa possessio miteinbegriffen, hier dagegen

36) Zeitschr. f. gesch. R.W. S. 203. 204.
37) Commentar. S. 140.
38) Archiv f. d. civ. Pr. LII. S. 240 ff.

ausgeschlossen werde. Gegenüber diesen beiden Ansichten wird die folgende Untersuchung unserer, allerdings bedeutende Schwierigkeiten darbietenden, Quellenaussprüche zu dem Resultate führen, daß in der That für die vorhadrianische Zeit der Umfang der pro herede usucapio und des als pro herede possessor bezeichneten Beklagtenverhältnisses in der hereditatis petitio als zwei sich durchaus deckende Begriffe anzusehen sind. Dagegen irren Huschke und Francke darin, daß sie auch noch für die spätere classische Zeit die Gleichheit dieser Begriffe annehmen.

1) Unter dem pro herede possessor in der Beklagtenrolle der hereditatis petitio stehen jedenfalls die Personen, die wir vorher innerhalb der *proba* pro herede possessio et usucapio angetroffen haben.

a) Zunächst, nach Ulpian in fr. 11. de her. pet. 5. 3., ist pro herede possessor derjenige, qui putat se heredem esse [39]). Ulpian will in dieser Stelle offenbar nicht definiren, sondern aufzählen, so daß die Worte: pro herede possidet, qui putat se heredem esse. sed *an et is* qui scit se heredem non esse, pro herede possideat quaeritur, in dem Sinne zu nehmen sind: „pro herede possessor ist zunächst der, welcher glaubt, heres zu sein.“ Jedenfalls erscheint

39) Gai. IV. 144: Pro herede autem possidere videtur tam is *qui heres est*, quam is *qui putat se heredem esse*. Offenbar erwähnt hier Gaius die Fälle des Textes b und c nur deßhalb nicht, weil er vom Interdict quorum bonorum und also vom klagenden bonorum possessor spricht. — Im §. 3. J. de Interd. 4. 15. ist is qui heres est weggelassen, es heißt also bloß: pro herede autem possidere videtur *qui putat se heredem esse.*

danach der Francke'sche Tadel (S. 138), daß Ulpian präciser hätte schreiben müssen: pro herede possidet qui se *dicit* heredem, auch wenn man sich im Uebrigen zu der Francke'schen Ansicht über den Begriff des pro herede possessor bekennen wollte, als nicht gerechtfertigt.

b) Ferner ist nach dem fr. 11. cit. pro herede possessor der bonorum possessor: „sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere."

c) Auf Grund des fr. 33. §. 1. de u. & u. 41. 3., welches oben erläutert wurde, ist hier unbedenklich auch noch der in fr. 11. de her. pet. nicht erwähnte: qui putat se bonorum possessorem extitisse hinzuzufügen [40]).

2) Dem probus pro herede possessor gegenüber wird der *improbus* pro herede possessor, qui lucri faciendi causa incepit possidere, auch praedo (im Sinn von: malae fidei possessor) genannt. Nach dem Ulpian'schen fr. 12. de her. pet. 5. 3. wird er als ein solcher bezeichnet, der *per mendacium contendit se heredem*, der also scit se heredem non esse, aber auf Grund der, das Occupiren der Erbschaftssachen zulassenden, Rechtssatzung sich in den Besitz von res hereditariae gesetzt hat. Die Frage, ob er bei der hereditatis petitio zu den pro herede oder pro possessore possessores gezählt wird, möge zunächst noch eine offene bleiben.

3) Zu den pro possessore possessores gehören

40) Vgl. auch fr. 20. §. 13. de her. pet. (Ulpian.): Licet autem senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment, tamen et si bonorum possessores se existiment vel alios successores iustos vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione.

jedenfalls gewisse andere Personen, und durch deren genauere Betrachtung wird sich erst rückwärts auch ein besseres Verständniß des improbus pro herede possessor gewinnen lassen. Die in den Quellen vorkommende Bezeichnung des pro possessore possessor als praedo ist unbezeichnend, indem praedo (= malae fidei possessor) auch jenen improbus pro herede possessor unter Nr. 2 mitumfaßt. Dagegen der genaue Gegensatz zu letzterem liegt in Folgendem:

fr. 11. de her. pet. (Ulpian.): Pro possessore vero possidet praedo (fr. 12.), qui interrogatus cur possideat, responsurus sit „quia possideo“: *nec contendet se heredem vel per mendacium* (fr. 13.) nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

Das charakteristische Moment für denjenigen, der, abgesehen von jenem improbus possessor unter Nr. 2, jedenfalls pro possessore possessor ist[41]), liegt nicht in den Worten: nec ullam causam possessionis possit dicere. Denn das nullam causam dicere posse ist ja nur der Gegensatz zu der iusta causa, die der probus pro herede possessor (unter Nr. 1), als bonorum possessor, oder als in entschuldbarem Irrthum putans se heredem vel bonorum possessorem esse, für sich haben muß. Also nullam causam dicere posse heißt nur soviel als: malae fidei possessor oder praedo sein[42]). Und in

41) Ich will denselben zunächst der Kürze halber den pro possessore possessor im engeren Sinn nennen.

42) Daß malae fidei possessor und praedo gleichbedeutend sind (also darunter sowohl der improbus pro herede possessor wie der pro possessore possessor

der That wird denn auch bei dem SC. über die „qui bona invasissent quae scirent ad se non pertinere“ — dieser Ausdruck (der doch entschieden diejenigen mitumfaßt, qui lucri faciendi causa pro herede inceperunt possidere) mit denselben Worten erklärt:

fr. 25. §. 2. 3. de her. pet.: scilicet cum nullam causam haberent possidendi.

Dasjenige, wodurch der improbus pro herede possessor und der pro possessore possessor i. eng. S. geschieden sind, ist das andere von Ulpian hervorgehobene Moment. Wer: ***nec contendet se heredem ne per mendacium quidem***, wer nicht einmal lügnerisch behauptet Erbe zu sein, ist pro possessore possessor i. eng. S. Und dies ist ja auch das zunächst in den Worten Liegende. Pro herede possidirt, wer „als Erbe“ besitzt, mag er dies wirklich glauben, oder mag er sich lügnerisch für den Erben ausgeben. Und umgekehrt in dem: pro possessore ist die Negation enthalten, daß er nicht „als Erbe auftritt“.

Man sagt nun vielfach, daß „sicher schon früh der Satz festgestellt war“, daß außer dem pro herede possessor auch der pro possessore possessor i. eng. S. mit der hereditatis petitio belangbar sei [43]). Ich mögte behaupten, daß sich dies erst entwickeln konnte, seit per sponsionem und per formulam petitoriam hat geklagt werden können. Denn beim lege

im eng. S. zusammengefaßt werden), m. a. W. daß der praedo der einfache Gegensatz des bonae fidei possessor ist, beweisen viele Stellen: fr. 22, 31. pr. §. 1, fr. 36. §. 5., fr. 38, 39. §. 1., fr. 40. pr. §. 1. de her. pet. Francke Commentar. S. 140.

43) Francke a. a. O. S. 144.

agere muß in den manus consertae sowohl der Kläger wie der Beklagte behaupten [44]):

hanc ego hereditatem ex iure Quiritium meam esse aio.

Für den Beklagten ist dies eben die Behauptung, daß er pro herede possessor sei [45]). Und diese Behauptung ist ja nun auch, selbst ohne den Glauben an das eigene Erbrecht, von so großer practischer Wichtigkeit gewesen. Denn auf sie stützt es sich gerade, daß der Besitzer in der älteren Periode der pro herede usucapio wirklich mit Ablauf des Jahres velut heres wurde, wozu natürlich gehörte, daß er auch behaupten mußte: hereditatem meam esse. Und in der zweiten Periode der pro herede usucapio ist zur lucrativa usucapio pro herede doch immer die unumgängliche Voraussetzung, daß der Besitzer als Erbe wenn auch *per mendacium* sich gerirt, wovon denn die Folge ist, daß, wofern er plurimum pecuniae possidet und kein Erbe da ist, er auch zu den sacra herangezogen wird.

44) Vgl. oben Ziff. 31.

45) Also: die alte hereditatis petitio ist nur gegen den pro herede possessor denkbar; gegen diesen aber auch schon vor dem Bestande der pro herede usucapio (wenn wir uns letztere als ein erst nach den 12 Taf. eingeführtes Institut vorstellen). Unrichtig die in letzterer Hinsicht in meiner Bon. Poss. I. S. 31—34. und S. 228—230. aufgestellte Behauptung. — Wie man sich rücksichtlich der beklagtischen Behauptung: hereditatem meam esse in der späteren Verwendung der legis actio bei den Centumvirn (Gai. IV. 31.) half, bei denen doch wohl in der classischen Zeit die Klage auch gegen den pro possessore possessor zugestanden wurde, ist freilich nicht klar.

Also das contendere se heredem esse ist die nothwendige Voraussetzung sowohl der pro herede usucapio, wie der Beklagtenrolle in der alten hereditatis petitio. Dies contendere macht den Proceß zur hereditatis controversia zwischen zwei Erbprätendenten; aber dies contendere umfaßt von jeher, so lange das Institut der pro herede usucapio bestand, die zwei practisch verschiedenen Fälle: das probe contendere und das per mendacium oder in lediglich lucrativer Absicht Contendirens. Nicht richtig ist daher die Darstellung Francke's (a. a. O. S. 143. 144.), der (wenn ich ihn recht verstehe) ursprünglich die hereditatis petitio nur als Erbschaftsstreit gegenüber einem gutgläubigen Prätendenten zuläßt, und sie dann (aber „schon frühe") auf die „bloßen Occupanten erbschaftlicher Sachen" — unter die er dann zusammenfaßt: die „gleichsam" pro herede Besitzenden und Usucapirenden, und die, auf welche sich die Möglichkeit der pro herede usucapio nicht erstreckte, — ausgedehnt annimmt.

53. Gegen den pro possessore possessor i. eng. S. waren in der Legisactionenzeit nur Einzelvindicationen möglich, und gewiß hat man, als der Proceß per sponsionem und per formulam petitoriam solche Freiheit gestattete, ihn als Beklagten auch in die hereditatis petitio deßhalb aufgenommen, um dem Kläger gegen einen Besitzer mehrer Sachen die Nothwendigkeit mehrfacher Einzelklagen zu ersparen [46]).

Es ist nun genauer auf die Frage einzugehen, welche Fälle wir unter diesem Gesichtspunkte des pro

46) Francke a. a. O. S. 144.

possessore possessor im eng. S. zusammenzufassen haben.

1) Zunächst sind diejenigen Fälle bei Seite zu legen, die überhaupt nicht in dem Bereich der uns hier beschäftigenden Lehre liegen, deren Erwähnung aber allerdings für das Verständniß des Begriffs unentbehrlich ist.

Der Ausdruck pro possessore ist an sich kein im erbrechtlichen, sondern ein im Usucapions-Gebiete erwachsener. Pro possessore possidere heißt: keinen *iustus titulus* für seinen Besitz haben, und demgemäß von der Usucapion ausgeschlossen sein. Also a) wer wissentlich vom furiosus kauft, besitzt pro possessore und kann nicht usucapiren (fr. 13. §. 1. de her. pet. 5. 3.) im Gegensatz zu dem Fall des fr. 2. §. 16. pro emtore 41. 4. und fr. 7. §. 2. de Publ. act. 6. 2. — b) Wer wissentlich vom non dominus kauft, besitzt *clam* nach African in fr. 40. §. 2. de acq. poss. 41. 2, oder pro possessore nach Julian in fr. 33. §. 1. de u. & u. 41. 3. [47]); während er nach Ulpian in fr. 13. §. 8. de her. pet. 5. 3. wenigstens dann nicht pro possessore besitzt, wenn er pretium numeravit, und nach Paulus allgemein als pro emtore possessor, aber doch immer ohne Usucapionsrecht, anerkannt zu sein scheint, fr. 2. §. 1. pro emtore 41. 4. (vgl. oben Ziff. 49. A. 26). — c) wer vi possidet, fr. 14. §. 2. quod met. caus. 4. 2., oder auch nur

47) Aehnlich Labeo in dem Fall, wenn Jemand a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore quem sciit non esse. Vat. Fragm. 1.: „Labeo quidem putabat nec pro emtore eum possidere, sed pro possessore."

wer non voluntate des die Sache Schuldenden besitzt, fr. 5. de acq. poss. 41. 2., ist praedo und pro possessor und kann deßhalb nicht usucapiren.

Erst aus der Usucapionslehre heraus ist dieser Begriff dann auch im Erbrecht verwendet worden: pro possessore besitzt, wer nicht *pro herede* besitzt, d. h. also hier: wer weder eine iusta causa für seine bona fides hat, noch auch die ein für allemal erlaubte causa der pro herede possessio in Anspruch nimmt. Ein solcher kann nicht usucapiren. Nothwendig muß also der Ausdruck ursprünglich im eng. S. verstanden gewesen sein und die lucrativa pro herede possessio ausgeschlossen haben.

2) Nunmehr ist auf diejenigen Fälle einzugehen, in denen der pro possessore possessor einer hereditatis petitio gegenüberstehend gedacht wird. Sie müssen alle unter dem Gesichtspunkte stehen, daß der Besitzer nicht contendit se heredem esse, (und deßhalb auch nicht pro herede usucapirt), aber andererseits auch keine Singularcausa seines Besitzes angeben kann. Thäte er Letzteres, so würde jedenfalls gegen ihn nur eine Einzelvindication von Seiten des Erben anstellbar sein [48]).

a) Die Hauptstelle nimmt in dieser Hinsicht der *fur et raptor* ein, und dieser wird deßhalb auch von Ulpian in fr. 13. pr. de her. pet. 5. 3. gleich zuerst

48) Hiernach ist es so wichtig, daß der Beklagte sich über seine Stellung zur Sache von vorn herein erkläre. L. 11. C. de pet. her. 3. 31: Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere incivile est, praeter eum *qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat*. Schol. 2. ad Basil. XLII. 1. 1. 11. (H. IV. p. 241).

angeführt: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. Unter diesen Gesichtspunkt gehören jedenfalls folgende Personen: wer schon den Erblasser aus dem Besitz einer Sache dejicirt hat (fr. 14. §. 2. quod met. caus. 4. 2.); ferner wer einen Erbschaftsbesitzer dejicirt hat (fr. 16. §. 4. de her. pet. 5. 3.); endlich die Frau, die ihrem Manne mortis causa res amovirt, ist dessen Erben gegenüber pro possessore possessor (fr. 6. §. 5., fr. 22. §. 1. de act. rer. amotar. 25. 2.).

Es bleibt aber hier noch als ein Hauptfall eine Frage übrig, die in den bisherigen Untersuchungen ganz umgangen worden ist. Angenommen: nach dem Tode eines Erblassers nimmt Jemand Erbschaftssachen in Besitz mit dem offen erklärten Willen, sich nicht pro herede geriren und also auch nicht pro herede usucapiren zu wollen. Sein Zweck ist, der Gefahr zu entgehen, wenn sich kein Erbe fände und bei ihm, dem Besitzer, plurimum pecuniae ermittelt würde, zu den sacra herangezogen zu werden. Seine Stellung ist an und für sich ganz dieselbe, mögen wir uns den Erblasser sicher als sine successore defunctus denken, oder mag das Auftreten eines Erben noch in pendenti sein, und mag dem zunächst hereditate iacente den Besitz Ergreifenden hinterdrein ein Erbe mit der hereditatis petitio entgegentreten. Wie steht nun aber ein solcher Besitzer dieser hereditatis petitio gegenüber; gehört er mit unter die Ulpian'schen Ausdrücke: fur et raptor?

Huschke überspringt die Frage (a. a. O. S. 203.), indem er sagt, Ulpian verstehe unter diesen Worten „solche Fälle wo wirklich Diebstahl oder Raub geschehen ist z. B. der Besitzer hat die Sache dem Erben, der

sie schon besaß, oder einem dritten Besitzer weggenommen." Dem stellt er dann gleich den anderen Fall gegenüber „wenn Jemand eine vom Erben noch nicht in Besitz genommene Erbschaftssache an sich genommen hat, um sie zu usucapiren", der demnach „sagen werde, daß er Erbe sei, wiewohl er daran lüge." — Unsere Frage geht nun aber auf den, der die noch nicht vom Erben in Besitz genommene Erbschaftssache lucri faciendi animo an sich nimmt (bona hereditaria invasit sciens ad se non pertinere), aber nicht um sie zu usucapiren, (als non contendens se heredem ne per mendacium quidem). Ist dieser, der möglicherweise (wenn nämlich der Erblasser sine successore verstorben ist) gar nicht mit einer hereditatis petitio belangbar erscheint, dem doch noch antretenden und gegen ihn auftretenden heres gegenüber ein pro possessore possessor?

Jedenfalls ist er, darüber kann kein Zweifel sein, kein fur im juristischen Sinn, denn an einer besitzfreien Sache geschieht kein furtum. Wohl aber ist möglich, daß Ulpian unter fur im materiellen Sinn (vgl. oben Ziff. 48.) und noch eher unter dem nicht so technisch feststehenden Worte raptor ihn doch mitbegriffen habe. Er ist eine Persönlichkeit, die später expilator hereditatis genannt wird[49]), und jedenfalls ist der Umstand, daß in früherer Zeit sein Ergreifungsact nicht delictlich verfolgbar war und nie unter den Begriff des furtum im juristischen Sinn gebracht wurde, kein Gegengrund, um ihn von dem Begriff des pro possessore possessor auszuschließen, sobald nur dessen Merkmale überhaupt zutreffen.

49) Fr. 2. expil. her. 47. 19.

Solchen Sach-Ergreifer, gegenüber einem sine successore defunctus, erwähnt das

fr. 37. §. 1. de u. & u. 41. 3. (Gai.[50]): Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia ***dominus sine successore decesserit***, vel longo tempore abfuerit; fr. 38. (Gai.) ***quam rem ipse quidem non potest usucapere***, quia intelligit alienum si possidere, et ob id mala fide possidet; sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet.

Nehmen wir nun aber das Moment hinzu, daß dem Sach-Ergreifer in der That doch noch ein heres gegenübertritt, so ist freilich die Frage eine in unseren classischen Quellen nicht besprochene; ich glaube aber doch unbedenklich annehmen zu dürfen, daß dieser Sachergreifer mit der hereditatis petitio als pro possessore possessor im eng. S. zu belangen ist, da alle Erfordernisse dieses Begriffs (mala fide und sine ulla causa Besitzen, und non contendere se heredem ne pro mendacium quidem) für ihn zusammentreffen[51].

50) Vgl. Gai. II. 51.

51) Vollständig bestätigt wird dies durch den Basiliken-scholiasten. Schol. 1. ad Basil. XLII. 1. l. 13. *Καὶ οὔτε πσευδόμενος ἑαυτὸν κληρονόμον εἰπών. — Ἔστιν οὖν ὁ τοιοῦτος ποσσέσσωρ (μάλα φίδε) νομεύς, ὅσον οὐδὲ αἰτίαν τινὰ τῆς νομῆς δύναται λέγειν· καὶ διὰ τοῦτο καὶ ὁ κλέπτης καὶ ὁ ἅρπαξ ὡς ποσσέσσωρ, καὶ μήτε ϑυνάμενος τίτλον ἰδικὸν προσφέρειν νομῆς, καὶ λέγειν, ὅτι ἐξ ἀγορασίας τυχὸν ἢ ἀπὸ δωρεᾶς, ἢ ἀπὸ προικὸς νέμεται τῇ νερεδιδάτις πετιτίονι κατέχονται, δηλονότι ἐν*

b) Außerdem ist noch wichtig ein Complex von Fällen, die auf einem gemeinsamen Grundgedanken ruhen und die Ulpian genauer in fr. 13. §. 1. de her. pet. 5. 3. erläutert:

Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. denique et pro emtore titulo haeret; nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Juliani sententia, pro possessore possidere eum, *et ideo petitione hereditatis tenebitur*. item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo.

Ulpian stellt hier vier Fälle zusammen, in denen der Schein eines Usucapionstitels (pro emtore, pro donato u. s. w.) vorliegt, dieser Titel aber nichtig ist und der Besitzer dies weiß. Er besitzt also, da er die Sache lediglich lucri faciendo animo hat, pro possessore, und kann nicht usucapiren. Stirbt nun der, von welchem er die Sache in Händen hat, so kann er auch nicht pro herede usucapiren, da er eben nicht pro herede possessor ist, und die hereditatis pe-

ᾧ περιόντος ἔτι τοῦ τεστάτωρος, ἢ μετὰ τὴν αὐτοῦ τελευτὴν, πρὸ ἀνδιτίονος μέντοι τοῦ κληρονόμου τὰ πράγματα τῆς κληρονομίας ἥρπασαν, ἢ ἀπεσύλησαν. (hereditatis petitione tenentur, scilicet si vivo adhuc testatore vel *post mortem eius, ante tamen aditam hereditatem, res hereditarias rapuerunt vel invaserunt.* H. IV. p. 193. 194.)

titio geht gegen ihn als gegen den pro possessore possessor. Man kommt hiemit rücksichtlich der usucapio pro herede zu demselben Resultat, als in den oben besprochenen Fällen (Ziff. 47. A. 13.), in denen Jemand vom Erblasser eine Sache in Händen hat, ohne zu usucapiren (als Colon, als Depositar, als Commodatar, als beschenkter Sohn)[52], und nun nach dem Tode des Gebers sich nicht causam possessionis mutare potest, d. h. ebenfalls nicht pro herede usucapiren kann. Der Unterschied ist nur der, daß die Personen dieser letzteren Klasse gar nicht scientes auf Grund eines nichtigen Titels ein lucrum machen wollen, also nach dem Tode des Gebers nicht mit der hereditatis petitio als pro possessore possessores, sondern einfach (abgesehen von der etwa begründeten obligatorischen Klage) mit der Einzelvindication belangt werden[53]. —

52) Vgl. auch fr. 1. §. 1. 2. pro donato. 41. 6.

53) Es ist auch möglich, daß man Erbschaftssachen nicht bei Lebzeiten des Erblassers (als Colon, Depositar ꝛc.), sondern erst nach dem Tode des Erblassers in die Hand bekommen hat, und auch hier kann die Frage vom mutare der causa possessionis in Betracht kommen. Davon handelt der von Papinian in fr. 10. si pars her. pet. 5. 4. besprochene Fall. Ein pro parte zu Erben Eingesetzter ist abwesend, und sein Sohn nimmt den Erbtheil in Besitz und administrirt ihn absentis patris nomine. Wenn gegen ihn die coheredes jenes Institutus aus dem Grunde klagen wollen, weil letzterer schon vor dem Erblasser verstorben also gar nicht Erbe geworden sei, so können sie gegen dessen administrirenden Sohn nicht mit der hereditatis petitio (denn letzterer ist weder pro herede, noch pro possessore possessor, vgl. auch fr. 13. §. 12. de her. pet.), sondern nur mit der obligatorischen neg. gest.

Der Satz, daß gegen den pro possessore possessor im eng. S. an sich nur die Einzelvindication und nicht die hereditatis petitio gehe, ist in gewisser Hinsicht auch immer im römischen Rechte festgehalten worden. Es ist nur ein Recht des Klägers, statt der Einzelvindication die hereditatis petitio zur Hand zu

actio auftreten. Behauptet aber dieser administrirende Sohn (der seinen Vater beerbt hat), daß sein Vater in der That jenen Erblasser überlebt und den von dort ihm hinterlassenen Erbtheil angetreten habe, so erhebt sich die Frage, ob, indem er so jenen coheredes des Vaters hereditatis controversiam macht, er sich nicht causam possessionis mutire. Er hatte die Erbschaftsgegenstände bisher als neg. gestor in der Hand und behauptet sie nun pro herede zu besitzen: ille tractatus incurrit, *an ipse sibi causam possessionis mutare videatur?* Papinian beantwortet diese Frage nicht, weil er die Belangbarkeit des administrirenden Sohns, der postea hereditatis controversiam facit, aus einem anderen Gesichtspunkte, dem des iuris possessor, rechtfertigt. Doch aber werden wir in der Lage sein, die Antwort zu geben: a) eine lucrativa oder improba pro herede possessio würde in der That dem Sohn hier nicht offen stehen, denn: nemo sibi causam possessionis mutare potest. Also über den Erbtheil seines Vaters hinaus kann jedenfalls der Sohn nicht pro herede possidere und usucapere; arg. fr. 2. §. 2. pro herede 41. 5. b) Dagegen rücksichtlich des Erbtheils des Vaters selbst hat der Sohn, indem er der Meinung ist, daß der Vater ihn noch angetreten habe, eine proba pro herede possessio, er hat eine iusta causa existimandi se heredem extitisse. Rücksichtlich dieser proba possessio gilt aber, wie wir gesehen haben, der Satz: nemo sibi causam possessionis mutare potest nicht.

nehmen. Wenn aber demgemäß der Kläger die Einzelvindication wählt, so kann nicht der pro possessore possessor durch die exceptio praeiudicii vom Kläger verlangen, daß er zuvor die hereditatis petitio zur Hand nehme. Der pro possessore possessor ist ja gar keiner, der contendit se heredem ne pro mendacium quidem; er hat also gar keinen Grund, zu verlangen, daß zunächst die hereditatis controversia erledigt werde. Dagegen der pro herede possessor; gleichmäßig der probus wie der improbus, muß nothwendig das Recht haben, zu verlangen: ne praeiudicium fiat hereditati (fr. 5. §. 2. de her. pet.). Ob er wirklich probus oder umgekehrt improbus sei, das wird ja eben erst im Verlauf des Erbschaftsprocesses factisch constatirt. (Francke S. 144. 145.)

Im Grunde kann man also sagen, daß als Rechtssatz, der für Kläger wie Beklagten gleichmäßig zur Verwendung kommt, stets nur der geblieben ist, daß die hereditatis petitio gegen den *pro herede possessor* d. h. denjenigen *qui se dicit heredem esse* gerichtet sei[54]).

54. So gewiß es nach dem Bisherigen ist, daß in älterer Zeit die gerade eigentlich gegen den pro herede possessor gerichtete hereditatis petitio hierunter sowohl den probus wie den improbus pro herede

54) Daher erklärt sich auch, daß die hereditatis petitio, insoweit sie gegen den debitor hereditarius zugelassen worden ist, stets an diesem Erforderniß festgehalten hat. fr. 42. de her. pet. (Ulp.): Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod *se dicat heredem,* sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

possessor begriffen hat [55]), so gewiß ist es doch wieder andererseits, daß nach dem späteren classischen Rechte das nicht der Fall ist, sondern daß hier der improbus pro herede possessor nicht mehr zu den pro herede possessores sondern zu den pro possessore possessores gezählt wird.

Es beweist sich dies aus Gai. IV. 144., wo (bei Gelegenheit des Interdictum quorum bonorum), nachdem zu den pro herede possessores: tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse gezählt worden ist [56]), der pro possessore possessor folgendermaßen erklärt wird:

pro possessore is possidet, qui *sine causa* aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem *sciens ad se non pertinere* possidet.

Es ist klar, daß mit diesen Worten nicht bloß der vorhin geschilderte pro possessore possessor im eng. S. (der in den meisten Fällen überhaupt gar nicht als Besitzer der tota hereditas denkbar ist), sondern ganz vorzugsweise der improbus pro herede possessor,

55) Es wäre durchaus unnatürlich und ist auch von Fitting in keiner Weise motivirt worden, daß die Römer in zwei so unmittelbar an einander gränzenden Instituten, wie die her. petitio und die pro herede usucapio, verschiedene Bedeutungen des Ausdrucks pro herede possessio sollten nebeneinander angenommen haben.

56) In den Institutionen, wo der heres als pro her. possessor gestrichen worden ist, §. 3. I. de Int. 4. 15. „pro herede autem possidere videtur qui putat se heredem esse", wird im Uebrigen die Gaiische Darstellung der Begriffe pro herede und pro possessore possessor vollkommen angenommen. Nur ist statt „sine causa" gesetzt „nullo iure."

der ja gerade der ist, welcher die hereditas sciens ad se non pertinere possidet, bezeichnet sein muß. Wir finden hier von Gaius (und sicherlich nicht aus Zufall) die officiellen Worte des SC. Iuventianum gebraucht.

Fr. 25. §. 2. de her. pet. (Ulp.): Quod ait senatus: „eos qui bona invasissent, quae *scirent ad se non pertinere.*“

Und die Erläuterung, welche Ulpian von diesen Worten giebt, hebt auch noch das „sine causa“ des Gaius genauer hervor, so daß wir eine völlige wörtliche Uebereinstimmung zwischen Gaius und Ulpian vor uns haben:

Fr. 25. §. 3. eod: Quod autem ait senatus: „eos qui bona invasissent“ loquitur de *praedonibus*, id est de his qui, *cum scirent ad se non pertinere hereditatem*, invaserunt bona, *scilicet cum nullam causam haberent possidendi.*

Es treffen hier die Punkte mit voller Genauigkeit zusammen:

1) Der praedo, welchen Ulpian als invasor der bona sine ulla causa und sciens ad se non pertinere hereditatem bezeichnet, ist ohne Zweifel vor Allem der improbus pro herede possessor, der sciens rem alienam lucri facit. Gai. II. 56.

2) Diese selbe Person, die sciens ad se non pertinere hereditatem sine causa possidet, wird nach Gaius als pro possessore possessor bezeichnet.

3) Also müssen die unter dem technischen Worte des SC. stehenden invasores der bona, quae sciunt ad se non pertinere, d. h. (nach Gaius' eigenen Worten) die improba „*pro herede possessio*“ und usucapio sich zu Nutze Machenden — zu Gaius' und sicher also auch zu Ulpian's Zeiten nicht mehr unter die

pro herede possessores, sondern unter die *pro possessore* possessores gerechnet worden sein.

Wie erklärt sich nun dieser Umschlag des Sprachgebrauchs? Wie mir scheint, sehr einfach, ja nothwendig, aus dem Sc. Iuventianum, auf dessen Worte hier Gaius recurrirt, und das mit dem die lucrativae pro herede usucapiones revocirenden Hadrianischen Sc.[57]) jedenfalls innerlich verwandt, ja höchst wahrscheinlich ein und dasselbe ist.

Man muß stets im Auge haben, daß, so lange die lucrativa pro herede usucapio noch nicht durch die Gesetzgebung für revocabel erklärt worden, sie doch eben positives geltendes Recht war. Mogten einsichtige Männer dem allmälig immer unnützer gewordenen Institut sehr ungünstig gesinnt sein, so ist es doch eben erst das Senatusconsult, welches den in lucrativem Sinn die Erbschaft in Besitz Nehmenden für einen *praedo* erklärt.

Fr. 25. §. 5. de her. pet.: De eo autem loquitur senatus, qui ab initio *mente praedonis* res hereditarias apprehendit.

Erst jetzt wird man nun auch die lucrativa pro

57) Gai. II. 57.: sed *hoc tempore etiam non est lucrativa:* nam *ex auctoritate divi Hadriani* senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Das Sc. Iuventianum v. J. 129. entspricht ganz dieser Gaiischen Bezeichnung, daß das Sc. ex auctoritate divi Hadriani gemacht sei: fr. 20. §. 6. de her. pet. 5. 3.: Pridie Idus Martias Q. J. Balbus & P. Iuv. Cels. Tit. Auf. Oen. Sev. Consules verba fecerunt *de his quae imperator* . . . Hadrianus Augustus . . . *proposuit.*

herede possessio eine *improba* genannt haben. Vorher wäre dies Wort ein juristisch unberechtigtes gewesen.

Das Senatusconsult hatte nun aber, indem es den lucri faciendi animo pro herede possidens für einen praedo erklärt, ihn dadurch einfach mit dem pro possessore possessor i. e. S., für den der Ausdruck praedo sicherlich von jeher gäng und gäbe war, juristisch auf gleiche Stufe gestellt. Und ebenso wie in unseren Quellen für beide Fälle der Ausdruck praedo verwendet wird, ganz ebenso mußte auch seit dem Senatusconsult die lucrativa pro herede possessio unter den Begriff der pro possessore possessio herübergenommen werden. Es beweist sich dies gerade dadurch so deutlich, daß Gaius für die Erklärung des Begriffs pro possessore possessor einfach die Worte des Senatusconsults adoptirt, während diese Gaiische Definition, wenn sie lediglich die oben erörterte engere Bedeutung des pro possessore possessor umfassen sollte, gar nicht passen würde [58]).

Die Gleichstellung und Verschiedenstellung des pro possessore possessor im eng. S. und des lucrativ pro herede Possidirenden ist hiernach im Genaueren folgende:

1) Der pro possessore possessor im eng. S. bleibt factisch immer das was er ist; nec contendit se heredem ne per mendacium quidem, und an sich

58) Diese Ansicht, daß erst seit Hadrian für das lucrative pro herede possidere, welches bis dahin keine rechtlich improba possessio war, der Ausdruck pro possessore possidere sich festgestellt hat, habe ich bereits in meiner Bon. Poss. I. S. 35. 36. vgl. S. 230. 231. aufgestellt, freilich vermischt mit allerlei Unrichtigkeiten.

geht gegen ihn nur die rei vindicatio, an deren Stelle dem Erben lediglich zu des Letzteren Nutzen die hereditatis petitio gewährt wird, so daß der Beklagte, mit der rei vindicatio belangt, nicht zu der exceptio ne praeiudicium hereditati fiat greifen kann. Dafür konnte ein solcher aber auch nie an der pro herede usucapio Antheil haben, und demgemäß niemals auf Grund des Scävola'schen Edicts zu den sacra angehalten werden.

2) Der, welcher lucri faciendi causa pro herede possidet, ist einer, der contendit se heredem wenn auch per mendacium. Wenn kein heres da war, so konnte derselbe lediglich auf Grund dieses seines den = Erben = Spielens nach Jahresablauf als Pro-herede = Usucapient, sobald er nur plurimum de his bonis in Besitz hatte, zu den sacra in Gemäßheit des Scävola'schen Edicts herangezogen werden. Nach dem Hadrian'schen Senatusconsult hat seine pro herede usucapio dem mit der hereditatis petitio auftretenden heres gegenüber keine Kraft mehr, und also ist seitdem in dieser Hinsicht die pro herede usucapio nicht mehr lucrativa (Gai. II. 57.). Aber Dritten gegenüber galt sie noch immer als ein nicht verbotenes und also wirksames Rechtsinstitut.

3) Beide, der pro possessore possessor im eng. S. wie der lucrativ pro herede Possidirende, sind dem Erben gegenüber durch das Juventianische Senatusconsult rücksichtlich der Restitutionsfrage der Erbschaft gleichgestellt. Also Beide erscheinen gleichmäßig als praedones und malae fidei possessores, und so eben kommt es, daß fortan in der auch von Justinian's Institutionen gebilligten Weise der weitere Begriff von pro possessore possessor sie Beide in der heredi-

tatis petitio zusammenfaßt, als diejenigen, welche die Erbschaftssachen sine causa scientes ad se non pertinere besitzen.

55. Es ist schon erwähnt worden, daß, indem Gaius in wörtlichem Anschluß an den Juventianischen Senatsschluß den weiteren Begriff von pro possessore possessor vorträgt, nicht wohl angenommen werden kann, er habe hierin eine vereinzelte Ansicht gehabt, andere Juristen dagegen hätten noch in der nachhadrianischen Zeit eine abweichende Ansicht festhalten können. Es ist eben ein Gesetzgebungsact, daß der lucrativ pro herede Usucapirende als praedo gelten und dem pro possessore possessor gleichstehen soll, und es konnte darüber gar keine Meinungsverschiedenheit walten, daß jetzt alle diejenigen, die sine causa Erbschaftssachen scientes ad se non pertinere besäßen, in der Restitutionsfrage der hereditatis petitio gleichartig zu behandeln und dem probus pro herede possessor gegenüber zu stellen seien. Bei diesen durch die Gesetzgebung dem Zweifel entzogenen sachlichen Gegensätzen konnte schwerlich eine Meinungsverschiedenheit über die Bezeichnungsweise auftauchen, daß man nämlich Letzteren jetzt allein pro herede possessor, jene Anderen aber zusammen die pro possessore possessores zu nennen habe, namentlich da der alte Sinn von pro possessore possessor (= Einer der nicht usucapiren kann; s. oben Ziff. 53.) jetzt auch für den improbus pro herede possessor wenigstens relativ dem Erben gegenüber zutraf.

Wir werden also von vorn herein erwarten dürfen, von Ulpian rücksichtlich des possessore possessor nichts Anderes in den Digesten zu lesen, als was wir

bei Gaius finden. Gerade aber die Ulpian'sche Stelle ist in neuerer Zeit, indem man die Gaiische Darstellung daneben nicht genug beachtet hat, nach verschiedenen Seiten hin mißverstanden worden.

Fr. 11. de her. pet. 5. 3.: Pro herede possidet, qui putat se heredem esse (da Ulpian hier von der Klage des heres spricht, so hebt er als Beklagten unter den pro her. possessores nicht wie Gaius auch den heres hervor). sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. *sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.* Es ist wohl zu beachten, daß Ulpian hier ausdrücklich für den Begriff des pro herede possessor auf den Proculus, also auf einen Juristen aus der Zeit des vorhadrianischen Rechts[59]), zurückgeht. Er hebt in der bestimmtesten Weise, so wie es früher von uns erörtert ist, hervor, daß an sich und nach dem zu Proculus' Zeiten geltenden Rechte der qui scit se heredem non esse (wenn er nur als Erbe sich gerirt, also contendit se heredem esse) der hereditatis petitio als *pro herede possessor* gegenübersteht. Aber Ulpian zieht aus diesem Satze nur den Schluß, daß danach der bonorum possessor als pro herede possessor anzusehen sei. Also dies Citat aus Proculus soll nicht den Sinn haben, als wenn noch das Recht des Proculus zu Ulpian's Zeit in aller Weise unverändert wäre, sondern es bedeutet vielmehr: kann auch der qui

59) Die Lebenszeit des Arrian ist unsicher; vgl. Rudorff R.G. I. S. 185. Francke Comm. S. 138. A. 1.

scit, ein pro herede possessor sein? Unzweifelhaft bestätigt dies Proculus als geltendes Recht[60]), wir sehen dies ja aber auch[61]) dadurch bestätigt, daß der bonorum possessor als pro herede possessor erscheint." Ulpian will keineswegs sagen, stets sei der lucrativ Possidirende (qui scit se non heredem esse) gerade so wie zu Proculus' Zeit als pro herede possessor bei der hereditatis petitio anzusehen.

Fr. 11. §. 1. de her. pet. (Ulp. l. 15. ad edict.). *Pro possessore* vero possidet *praedo*, fr. 12. [l. 67. ad edict. aus der Lehre vom Int. quor. bon. vgl. fr. 1. quor. bon.] qui interrogatus cur possideat, responsurus sit: „quia possideo", *nec contendet se heredem vel per mendacium*, fr. 13. (l. 15. ad ed.) *nec ullam causam possessionis possit dicere.* Francke (S. 140. 141.) versteht diese Worte so, daß darin der Satz ausgesprochen sei: wer possessor pro possessore sein soll, muß (abgesehen von den wissentlichen Besitzern aus nichtigem Titel, fr. 13. §. 1. de her. pet.)

1) selbst nicht durch eine Lüge wagen, sich als Erben auszugeben,

2) nicht im Stande sein, für seinen Sachbesitz einen richtigen Erwerbsgrund anzugeben. Die Worte nec contendet se heredem *vel* per mendacium werden dann so verstanden: „wer nicht behauptet Erbe zu sein, nicht einmal (ne–quidem) lügnerisch." Und es soll danach Ulpian hier sagen, pro possessore pos-

60) Höchst wahrscheinlich hat hier Ulpian, gleichartig wie Gaius, sich weiter über die vorhadrianische Geltung der lucrativa pro herede usucapio verbreitet, was dann von den Compilatoren gestrichen werden mußte.
61) „sed enim et" wörtlich: „nämlich aber auch der bonorum possessor ist ein pro herede possessor."

sessor ist nur derjenige, den wir in der obigen Erörterung den pro possessore possessor i. eng. S. genannt haben; dagegen Jeder, der sich als Erben auszugeben wagt, wenn auch mala fide[62]), ist pro herede possessor.

Damit haben wir den vollständigsten (freilich von Francke nicht beachteten) Widerspruch Ulpians mit Gaius und mit den dem Gaius folgenden Institutionen. Um diesem Widerspruche zu entgehen, versteht Fitting (S. 242.) unsere Stelle in einem ganz entgegengesetzten Sinne. Er sagt, es sei schon sprachlich bedenklich, das *vel* per mendacium mit „sogar (nicht)" zu übersetzen, indem dann Ulpian hätte „ne quidem" schreiben müssen. Durchaus das Nächstliegende und Einfachste sei, das Wort im Sinn von „oder" zu nehmen, wonach denn Ulpian sage: pro possessore possessor ist:

1) derjenige, welcher gar nicht behauptet, Erbe zu sein (qui non contendit se heredem),

2) oder auch derjenige, welcher dies lügnerisch behauptet (qui per mendacium contendit se heredem).

Damit haben wir allerdings Einklang zwischen Ulpian und Gaius, denn alsdann wäre auch nach Ulpian der lucrativ pro herede Possidirende zu den pro possessore possessores zu rechnen. Aber nun erheben sich andere Schwierigkeiten. Die Autorität der Basiliken ist nämlich in dieser Hinsicht eine sehr bedeutende, die Basiliken aber sind zweifellos. Sie übersetzen das Ulpianische fr. 12. so:

62) Ulpian bezeichnet denselben in fr. 1. §. 9. si quis omiss. caus. 39. 4. folgendermaßen: si forte quasi praedo possideat hereditatem fingens sibi aliquem titulum ab intestato possessionis.

Basil. XLII. 1. l. 12.: *Ὃς ἐρωτώμενος· διὰ τί νέμῃ; ἀποκρίνεται λέγων, ὅτι νέμομαι, καὶ οὔτε ψευδόμενος ἑαυτόν κληρονόμον εἰπών.*

Also sie nehmen hier nicht zwei Personen an, den sich nicht für den Erben Ausgebenden und den sich lügnerisch als Erben Gerirenden, sondern (ganz im Sinne von ne quidem) die Eine Persönlichkeit des auch nicht einmal lügnerisch sich als Erben Hinstellenden. Ganz ebenso spricht sich auch der Basilikenscholiast zu l. 11. aus:

Πρὸ ποσσέσσορε δὲ νέμεται ὁ πραέδων, τουτέστιν ὁ ἰταμός τε καὶ ἀναιδής, ὅς ἐρωτώμενος, διὰ τί νέμεται, ἀπόκρισιν ποιεῖ τὴν πεῦσιν καὶ φησιν, ἐπειδὴ νέμομαι, καὶ οὔτε φιλονεικεῖ οὔτε ἀνέχεται κληρονόμον οὐδὲ κἂν ψεῦδος (Heimb.: *ψευδῶς*?) *εἰπεῖν ἑαυτόν.* [Pro possessore vero possidet praedo, hoc est, improbus et impudens, qui interrogatus, cur possideat, interrogationem vertit in responsionem et dicit „quia possideo", *nec contendit nec vult se heredem dicere ne per mendacium quidem*] H. IV. p. 193.

Auch ist die von Fitting angenommene sprachliche Bedenklichkeit wohl nur eine eingebildete; denn grammatisch ist das vel per mendacium vom nec abhängig und zeigt eben dadurch, daß es nicht als „oder" sich auf qui zurückbeziehen soll (in welchem Fall das Verbum zu wiederholen gewesen wäre: vel per mendacium contendet), sondern daß es als „sogar" von der Negation im nec beherrscht ist. So ergiebt sich der einfache Sinn von ne quidem. Ohne Gewaltsamkeit wird man also die Worte nicht anders verstehen

können, wie sie Basilikenscholiast und Basiliken verstanden haben [63]).

Wie nun aber aus diesen von entgegengesetzten Seiten sich erhebenden Schwierigkeiten herauskommen?

Mir scheint nicht außer Acht gelassen werden zu dürfen, daß wir es hier mit einer von den Compilatoren zusammengeschweißten Stelle zu thun haben. Wir können unmöglich diese zwei aus Ulpian's fünfzehntem Buch ad Edictum genommenen Bruchstücke, zwischen die eins aus dem 67ten Buche geschoben ist, durchaus so interpretiren, als hätte Ulpian in Einem Tenor die ganze Stelle abgefaßt. Nicht einmal so verhält es sich, daß, wie so oft in den Digesten bei zwischengeschobenen Stellen, die das Einschiebsel umfassenden Stellen noch grammatisch an einander passen. Ulpian hat sicherlich im 15ten Buch nicht lediglich geschrieben: pro possessore vero possidet praedo, qui nullam causam possessionis possit dicere.

Also aus der Ulpian'schen Darstellung im 15ten Buche muß etwas wegefallen sein. Und auf weitere Striche der Compilatoren weist uns auch, daß die Diction im fr. 11. eine gar nicht präcise ist. Ich bemerkte

63) Für seinen Satz, daß der improbe pro herede Possidirende und Usucapirende bei der hereditatis petitio (und dem Int. quor. bon.) zu den pro possessore possessores gerechnet werde, hat sich Fitting (S. 241.) noch auf einen anderen Beweis „von vielleicht noch höherem Werth" berufen, nämlich auf die [in diesem Punkte wohl seit dem Bestande der b. p. unveränderten] Edictsworte des Int. quor. bon. — Ich halte dies für sehr bedenklich, werde aber auf diesen Punkt erst unten bei der Erörterung der ursprünglichen Gestalt des Int. quor. bon. eingehen können.

schon, daß Ulpian, bei Aufwerfung der Frage: sed an et *is*, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur, unmöglich jeden seine Nichterbenschaft Kennenden gemeint haben kann. Denn darunter würde ja auch der auf pro herede usucapio verzichtende expilator hereditatis, ja schließlich jeder pro possessore possessor gehören. Ulpian fragt nicht, ob is qui, sciens se heredem non esse, contendit se heredem, pro herede possessor sei. So aber wie Ulpian fragt, kann nur die Meinung sein, ob auch ein solcher, der seine Nichterbenschaft kennt, pro herede possessor sein könne, d. h. ob es unter den ihr Nichterbesein Wissenden auch pro herede possessores gebe. Es ist nun schon von Fitting richtig bemerkt worden, daß auf diese Frage die Antwort gar nicht direct paßt. Diese Antwort lautet: Arrianus putat *teneri*, d. h. ein solcher ist mit der hereditatis petitio belangbar und nicht: er ist ein pro herede possessor. Wenn nun auch hiebei hinzugedacht werden kann und im Sinne der Compilatoren hinzugedacht werden soll, tanquam pro herede possessorem teneri, so ist doch das Inconcinne der Frage und der Antwort ein Hinweis, daß Ulpian zunächst nicht so geschrieben habe, sondern der jetzt vorliegende Text erst durch Streichungen der Compilatoren entstanden sein wird.

Es ist, wie schon oben A. 60. hervorgehoben wurde, nothwendig, daß wir bei Ulpian's weitläuftiger Edictsdarstellung voraussetzen, er habe über die pro herede usucapio und ihre Beziehungen zur hereditatis petitio sich genauer ausgelassen, was die Compilatoren bei ihrer Hinwegräumung der lucrativen pro herede usucapio streichen mußten. Genau also festzustellen, wie Ulpian hier geschrieben haben möge, scheint mir ein hoffnungs-

loses Unternehmen zu sein. Wir können lediglich constatiren, wie in der Compilation diese, in solcher Gestalt von Ulpian, auch wenn alle einzelnen Worte ächt sind, gar nicht geschriebene Stelle verstanden werden muß. Und danach kann kein Zweifel sein, daß die Digestenstelle nicht mit dem §. 3. I. de Interdict., da wir auch nicht etwa für hereditatis petitio und Interdict. quorum bonorum verschiedene Bedeutungen von pro herede und pro possessore possessor annehmen können, in Widerspruch stehen darf.

Das einfache Resultat der ganzen bisherigen Erörterung für die Digestenstelle ist danach folgendes:

Das fr. 11—13. §. 1. de her. pet. ist nicht als Definition der Begriffe, sondern als Aufzählung der Fälle zu nehmen:

1) pro herede possessor ist

a) qui putat se heredem,

b) auch scientes se heredes non esse können, wie Arrian und Proculus sagen, pro herede possessores sein[64]),

c) insbesondere der bonorum possessor ist pro herede possessor.

2) pro possessore possessor ist

a) der praedo, welcher nicht einmal lügnerisch behauptet Erbe zu sein, und eben sich nur auf die Thatsache des Besitzens stützt; danach auch insbesondere der fur und raptor.

b) der wissentlich sich auf eine nichtige causa des Besitzens Stützende.

Danach ist sowohl der qui contendit se here-

64) Im Sinn Justinian's ist hier Fitting's Hinweisung (S. 243.) auf den Universalfideicommissar und dergl. durchaus berechtigt.

dem esse und die lucrativa pro herede usucapio in Anspruch nimmt, wie auch derjenige, der aus einer iusta causa putat se bonorum possessorum esse und danach in einer proba pro herede possessio steht, — in dieser Stelle überhaupt gar nicht erwähnt.

56. Ich bemerkte vorher, daß in Folge des Hadrian'schen Senatusconsults, — welches den lucrativ pro herede Possidirenden für einen, dem pro possessore possessor i. eng. S. gleichstehenden, praedo erklärt, auf Grund dessen Gaius ihn nun auch direct unter die pro possessore possessores stellt, — Ulpian rücksichtlich der neuen Terminologie des pro possessore possessor schwerlich eine andere Ansicht gehabt haben wird als Gaius. Es ist jetzt nachgewiesen, daß für diese Ulpian'sche Auffassung jedenfalls aus fr. 11—13. pr. de her. pet. nichts zu entnehmen ist, da darin der lucrativ pro herede Possidirende überall nicht erwähnt wird.

Wohl aber läßt sich für die Ulpian'sche Auffassung aus einer anderen Stelle wenigstens einige Wahrscheinlichkeit entnehmen. Zum Verständniß dieser Stelle bedarf es einer erläuternden Vorbemerkung.

Das Interdictum quod legatorum bezieht sich auf den Fall, wenn der Legatar eigenmächtig den legirten besitzfreien Gegenstand in Besitz nimmt. Die factische Voraussetzung ist hier das Nehmen der besitzfreien Sache, und diese factische Voraussetzung ist äußerlich ganz gleichgestaltet mit dem Nehmen des Proherede-Usucapienten. Der Unterschied ist nur, daß der Besitzergreifer im einen Fall iure legati, im anderen Fall iure pro herede gestionis (sei es im guten Glauben Erbe zu sein, sei es mit dem animus der bis Hadrian

völlig erlaubten lucrativa pro herede usucapio) die Sache an sich nimmt. Ganz verschieden aber sind beide Fälle zusammen vom pro possessore possessor im eng. S., der gar keine rechtliche Begründung hat, und (wie z. B. der nicht-usucapiren-wollende expilator hereditatis, oder der Dejicient eines pro herede Possessors) dem Erben gar nicht durch eigenes Erbprätendententhum hereditatis controversiam macht. Letztere Personen können allerdings, aber sie müssen nicht mit der hereditatis petitio belangt werden. Sie beginnen ihren Besitz an den Erbschaftssachen in völlig anderer äußerer Erscheinung als der eigenmächtig besitzergreifende Legatar. Ueber letzteren besitzen wir nun folgende wiederum an den Arrian anknüpfende Exposition Ulpian's:

Fr. 1. §. 4. quod legator. 43. 3.: Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis *pro legato, an pro herede vel pro possessore possideat*, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede vel pro possessore, sive pro legato possideat (hoc interdicto, *del. Momms.*) teneatur, quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quae potius actio teneat; nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit.

Bei der Zusammenstellung des Falls der eigenmächtigen Ergreifung der besitzfreien Legatssache mit dem pro herede und pro possessore possessor wäre es durchaus unnatürlich, wenn Ulpian an Andere dächte, als die im Institut der pro herede usucapio ihre Legitimation für ihre eigenmächtige Besitzergreifung Suchenden. Dürfen wir dies annehmen, dann hat

nothwendig Ulpian mit dem Ausdruck pro herede possessor die proba, und mit dem Ausdruck pro possessore possessor die lucrativa pro herede possessio bezeichnen müssen.

Uebrigens haben wir nun noch weiter zurückzugehen. Es ist nicht bloß zu behaupten, daß Gaius und Ulpian die von Justinian in den Institutionen anerkannte Terminologie befolgt haben, sondern auch bereits dem dem Hadrian'schen Senatusconsult ganz nahe stehenden Julian müssen wir dieselbe Ausdrucksweise, daß man unter pro herede possessor nur den probus versteht, dagegen die lucrativa pro herede possessio als pro possessore possessio bezeichnet, zuschreiben.

Julian sagt in dem schon oben besprochenen fr. 33. §. 1. de u. &. u. 41. 3.[64a]), der Satz: nemo sibi causam possessionis mutare potest sei dann richtig, quoties quis sciret, se bona fide non possidere, et ***lucri faciendi causa inciperet possidere.*** Ohne Zweifel ist hierunter auch die lucrativa pro herede possessio mitbegriffen, wenn auch Julian ein anderes Beispiel, den wissentlichen Käufer vom non dominus, zum Gegenstande seiner Besprechung macht. Wenn er nun aber von diesem Käufer sagt: possidebit ***pro possessore***, so ist es schon danach das Nächstliegende, daß er auch den lucri faciendi causa pro herede Possi-

64a) Dieses Fragment ist aus Julian's l. 44. Dig. Es wird längere Zeit nach dem Juventianischen Senatusconsult (129) geschrieben sein, da schon das 42te Buch wahrscheinlich nach dem Jahre 148 verfaßt ist. Fitting, Alter der Schriften der röm. Jur. (1860.) S. 6. — Bedenklich ist es, mit Mommsen Zeitschr. f. R.-G. IX. S. 89. die ersten 58 Bücher noch unter Hadrian herausgegeben anzunehmen.

direnden ebenso bezeichnen würde. Immerhin könnte dies aber noch bezweifelt werden. Nun aber formulirt er den Gegensatz folgendermaßen. Er stellt jener lucrativa possessio gegenüber: 1) den *pro emtore* possessor d. h. den vom dominus, oder den unwissentlich vom non dominus Kaufenden, 2) und auf ganz gleicher Stufe stehend: den heres und bonorum possessor, ferner den, der mit Grund glaubt heres oder bonorum possessor zu sein. Wenn er nun auch den lucrativ pro herede Possidirenden pro herede possessor nennte, so müßte er, zum Unterschied von ihm, jene Personen als in einer *proba* pro herede possessio stehend bezeichnen und daraus den Schluß ziehen, daß für sie der Satz: nemo sibi causam rel. nicht zur Anwendung komme. Das thut er aber nicht. Vielmehr sagt er von ihnen lediglich:

> incipiet fundum *pro herede* possidere . . . . .; fundum *pro herede* possidebit, nec causam possessionis sibi mutare videbitur.

Also er stellt den Ausdruck pro herede ganz parallel mit dem iustus titulus pro emtore, er findet lediglich in diesem Ausdruck pro herede den Grund, um die Regel: nemo sibi causam, die für die lucrativa usucapio pro herede Geltung hat, auszuschließen. Also er muß die Worte pro herede possidere lediglich im Sinn der proba possessio nehmen. Dann aber muß er auch die improba pro herede possessio aus jenen Worten ausschließen, und davon ist wieder die nothwendige Consequenz, daß er die improba unter die pro possessore possessio rechnet.

57. — V. Nach dieser genaueren Darstellung des Unterschieds zwischen proba und improba pro he-

rede possessio einerseits und pro possessore possessio andererseits ist es nöthig, noch einmal wieder zu dem oben erörterten Scävola'schen Edict über die Prästirung der sacra zurückzublicken und zu fragen, welche Stellung diesem gegenüber der bonorum possessor einnimmt?

Da, wie wir gesehen haben, der bonorum possessor eine proba pro herede possessio hat, so kann kein Zweifel sein, daß er nach Vollendung der pro herede usucapio nun auf Grund dessen in der dritten Scävola'schen Klasse auch zu den Sacra herangezogen werden konnte [65]). Natürlich müssen wir erstlich annehmen, daß der Jahresablauf der Usucapion ihm nicht von der Ertheilung der bonorum possessio an gerechnet wurde, sondern von der wirklichen Besitzergreifung der Erbschaftssache oder der Erlangung derselben durch Sieg mit dem Interdictum quorum bonorum; denn der Grund des Verhaftetwerdens zu den sacra ist das capere *possidendo*, also das wirkliche Besitzen der Sachen, nicht bloß das Erlangthaben eines auf magistratischer

65) Es ist oben schon hervorgehoben, daß die Savigny'sche Ansicht (Verm. Schr. I. S. 158—165.) nicht richtig ist, wonach die 3te Scävola'sche Klasse vorzugsweise für den bonorum possessor als solchen und nur daneben auch noch für den pro herede Usucapienten aufgestellt wäre. Von diesem pro herede Usucapienten konnte Savigny in jener Abhandlung vor Auffindung des Gaius noch nicht die rechte Anschauung haben. Ist, nachdem uns diese jetzt zu Theil geworden, sicher, daß die dritte Scävola'sche Klasse lediglich den pro herede Usucapienten betrifft, so ist darin nothwendig auch einbegriffen, daß, soweit der bonorum possessor Proherede-Usucapient ist, er auch in der dritten Klasse seinen Platz findet.

Genehmigung ruhenden Anspruchs auf den Besitz, wie es in der Ertheilung der bonorum possessio liegt. Zweitens muß vorausgesetzt werden, daß dieser bonorum possessor in Folge seiner bonorum possessio auch in der That de bonis, quae eius fuerint cum moritur, *plurimum*, in den Besitz bekommen und usucapiert hat. Drittens endlich ist nöthig, daß auch hier die Bedingung erfüllt sei, unter der die dritte Klasse des Scävola'schen Edicts überhaupt nur zur Anwendung kommt, nämlich si nemo sit heres.

So wenig nun dies zu bezweifeln ist, so wenig glaube ich doch, daß dies der einzige und vornämliche Weg war, um dem bonorum possessor die Pflicht zur Prästirung der sacra zuzuerkennen. Das Scävolasche Edict ist etwa im J. 631. componirt worden und also auch in der nächstfolgenden Zeit in voller practischer Verwendung gewesen, derselben Zeit, in der (wie wir aus den nur ungefähr 50 Jahre späteren Verrinen sehen) die Ertheilung der bonorum possessio an die heredes, d. h. also die später sg. b. p. confirmandi iur. civ. gr. proposita bereits in voller Blüthe war. Wenn nun in dieser Weise, entweder testamento oder lege, Jemand die bonorum possessio erlangt hatte, so wird man wohl unbedenklich annehmen dürfen (obgleich directe Quellenstellen hierüber allerdings nicht zu Gebote stehen), daß die Pontifen denselben auch gleich als *heres* d. h. aus der ersten Klasse des Scävola'schen Edicts zu den sacra herangezogen haben. Wer *lege* die bonorum possessio erbeten hat, behauptet ja eben *heres* zu sein, und wem sie secundum tabulas gegeben ist, der muß doch jedenfalls auch (um die Ciceronischen Worte in Verr. II. 1. §. 115. zu gebrauchen) testamento se *heredem* esse arbitrari. Was

er aber vor dem Prätor behauptet, hat er doch gewiß nicht vor den Pontifen läugnen oder in Zweifel ziehen können. Also wenn ihm angesonnen wurde, gleich von Ertheilung der bonorum possessio an sich als heres den sacra zu unterziehen, und er etwa Bedenken darüber erheben wollte, ob das non minus multis signis quam e lege oportet signatum testamentum auch wirklich in aller Weise ein civilrechtlich gültiges sei, wonach er nicht wirklich heres und zu den sacra verbindlich erscheine, — so werden die Pontifen ihm, der sich durch Empfang der bonorum possessio ganz als heres gerirte, dies sicher als einen nicht zu berücksichtigenden dolus ausgelegt haben. Und ganz ebenso würde dies geschehen sein, wenn z. B. in dem Verrinischen Fall die gens Minucia die bonorum possessio lege erhalten hätte, und dann den die sacra heischenden Pontifen hätte antworten wollen, es sei noch ein anderer Erbprätendent vorhanden, der testamento se heredem esse arbitraretur, und es müsse also rücksichtlich der sacra erst gewartet werden, bis dieser lege ageret in hereditatem, worauf erst aus dem Ausgange dieses Processes sich die Sacralpflicht entscheide.

Ist hiernach wohl nicht zu bezweifeln, daß der Empfang einer bonorum possessio aus dem Gebiet der bonorum possessiones confirmandi iur. civ. gratia propositae nach der ersten Klasse des Scävola'schen Edicts zu den sacra verbindlich machte, so würde dagegen die gleiche Annahme für die sine testamento und sine lege ertheilten bonorum possessiones bedenklich sein [66]). Hier kann der bonorum pos-

66) Vgl. Hingst b. p. p. 72. n. 1., der unrichtig das Stehen des bonorum possessor in der ersten Klasse

sessor ja gar nicht glauben *heres* zu sein (putare se heredem esse), sondern er erscheint zunächst ganz wie ein improbus pro herede possessor (scit se heredem non esse, sed contendit se quasi heredem esse); nur darin steht er anders, daß sein Haben der hereditas dadurch zu einer iusta possessio wird, daß er sich auf eine prätorische Besitzverleihung stützt. Rücksichtlich der Sacralpflicht wird man also sagen müssen, daß solch' ein bonorum possessor mit vollem Recht und ohne allen dolus sich darauf berufen durfte, er sei kein heres, hafte also für die sacra nicht aus der ersten Scävola'schen Klasse, sondern erst aus der dritten, nämlich erst si nullus heres sit und wenn er seinerseits nach Jahresablauf *plurimum* de bonis usucapirt haben werde [67]).

davon abhängig macht, daß der b. possessor wirklich heres war (wo dann freilich die Agnition der b. p. ein ganz gleichgültiges Moment gewesen wäre). Unrichtig ferner meine Bon. Poss. I. S. 91.

67) Aus der ersten Scävola'schen Klasse will Savigny Verm. Schr. I. S. 155. den bonorum possessor ganz wegläugnen; und es ist hiebei allerdings richtig, daß in der ersten Kl. der Grund der Verhaftung lediglich die civilrechtliche Erbberechtigung ist. Aber das von Savigny angeführte Argument gegen den bonorum possessor, daß nämlich derselbe, als vom Prätor constituirt, heres non est, weil der Prätor heredem facere non potest (Ulp. XXVIII. 12., §. 2. I. de bon. poss.), ist doch für unsere Frage nicht zureichend. Dem könnte nämlich schon das Bedenken entgegengestellt werden, daß doch der Prätor den bonorum possessor *loco heredis* stellt, also auch hier die Frage sein kann, ob in der ersten Scävola'schen Klasse, wo an sich die heredes stehen, nun nicht ebenfalls der bo-

58. — VI. Nunmehr endlich kann zu der Prüfung der wichtigen Frage übergegangen werden, ob überhaupt in der pro herede usucapio der Ursprung der bonorum possessio zu suchen und zu finden sei. Huschke hat bekanntlich diese Ansicht aufgestellt, und ich mache sie hier zum Gegenstande der Besprechung nach der Gestalt [68]), welche ihr Huschke in seiner neueren Abhandlung (über die pro herede usucapio) gegeben hat. Ich gebe zunächst eine Zusammenstellung der Auffassung dieses Schriftstellers.

1) Die bonorum possessio ist, nach Huschke (S. 157. 214.), ursprünglich „offenbar" nichts weiter als eine prätorische Regulirung der eigenmächtigen Besitznahme des Nachlasses zum Behuf der Verjährung, oder des eigenmächtigen bona possidere et usucapere. Besonders beweist dies das nur auf körperliche Sachen sich beziehende Interdict quorum bo-

norum possessor loco heredis genommen worden sei; fr. 138. de V. S. 50. 16. *hereditatis* appellatione *bonorum quoque possessio* continetur (s. unten Ziff. 63.). In der That halte ich aber auch diesen Gegengrund für nicht entscheidend, denn bekanntlich sind auch wieder die Worte des fr. 138. cit. keineswegs als eine für alle Punkte gültige Sentenz zu nehmen. — In der im Text ausgeführten engeren Fassung aber, wonach der bonorum possessor dann in der ersten Klasse haftet, wenn er sich auch für seine bonorum possessio auf Civilrecht stützt, — bildet jedenfalls das Savigny'sche Argument, daß der Prätor heredem facere non potest, (demgemäß ich allerdings für die rein Prätorischen Klassen ein Gehören zur 1ten Klasse nicht annehme), kein Hinderniß.

68) Ueber die frühere Fassung der Huschke'schen Ansicht s. meine Bon. Poss. I. S. 140. 141. 285 ff.

norum. Dies Interdict, ohne Zweifel das älteste Rechtsmittel des bonorum possessor, zeigt, daß die prätorische bonorum possessio „ursprünglich und wohl noch lange Zeit hindurch“ bloß auf die körperlichen Sachen der Erbschaft sich bezog. Das Stadium der bonorum possessio, in welchem sie auch zu utiles actiones gegen den Schuldner berechtigte, ist erst ein späteres. Dies ergiebt sich aus der letzten Klasse des Scävola'schen Edicts über die Sacralpflicht, wonach der Fall oft vorkam, daß der Schuldner durch den Tod des Erblassers völlig frei wurde, eine bei der Coexistenz der utiles actiones gewährenden bonorum possessio nicht wohl denkbare Sache. Die Entstehung dieser prätorischen Regulirung der pro herede usucapio ist in die zweite Periode dieses letzteren Instituts zu setzen, so daß also zur Zeit des Ursprungs der bonorum possessio nur noch eine Usucapion der körperlichen Sachen eintrat.

2) Die bonorum possessio knüpfte an den Zustand der civilrechtlichen possessio pro herede, den sie vorfand, an, und da dieser ursprünglich eine per universitatem acquisitio war, so nahm sie auch dies Princip in sich auf. Der Prätor versteht unter bona die universitas bonorum, und so muß also auch das eigenmächtige Besitzergreifen vom Nachlaß wenigstens ursprünglich diesen Gegenstand gehabt haben. Danach liegt gerade in der prätorischen bonorum possessio ein „ganz sicherer Beweis“ für die Angabe des Gaius, daß die possessio und usucapio pro herede einst auf die hereditas selbst bezogen worden sei.

3) Die erste Einmischung des Prätors in das bona possidere (S. 176.) wurde dadurch veranlaßt, daß Unberufene, d. h. nicht mehr bloß zur Erbfolge

wenigstens natürlich Berechtigte, sich zur usucapio pro herede zudrängten. Diese Einmischung wurde durch die lex Furia über das mortis causa capere vermittelt, welches Gesetz mit dem Verbot des mortis causa capere von mehr als 1000 Assen die non exceptae personae von der pro herede usucapio ausschließen wollte. Der Prätor folgte diesem Princip, indem er den berechtigten Personen die possessio als einen (ursprünglich jedoch noch auf die körperlichen Sachen beschränkten) Universalerwerb versprach. Deßhalb erkannte er als Berechtigte „natürlich" auch bloß die exceptae personae an, wohin außer den nach Civilrecht Berechtigten und den genannten Cognaten „gewiß" auch noch vir et uxor gehörten.

Möglich übrigens auch, daß die lex Furia die bonorum possessio in ihren Anfängen schon vorfand und nur in ihrem Geiste fortwirkte, worauf dann umgekehrt wieder der Prätor seine Klasse unde cognati (manu missoris) nach der lex Furia einrichtete [69].

69) Die lex Furia bezeichnet noch insbesondere Huschke (S. 177.) als „den Wendepunkt, in dem die beiden in der Besitznahme des Nachlasses liegenden Momente, das einer factischen erbschaftlichen Nachfolge und das eines civilrechtlichen Erwerbs der Nachlaßsachen, jenes an die Ansprüche der Verwandtschaft, dieses an den jährigen Besitz dritter Personen angeknüpft, zuerst entschieden auseinander traten, und während des ersteren sich fortan das prätorische Edict zur Ausbildung einer wirklichen Erbfolge bemächtigte, entwickelte sich aus dem letzteren durch die Jurisprudenz immer mehr ein dem Erfolg nach nur singulärer Erwerb einzelner Sachen aus der Erbschaft."

4) Der Entwicklungsgang der pro herede usucapio einerseits und der bonorum possessio andererseits charakterisirt sich nach Huschke in der Scheidung des Aeußeren (res hereditariae) und Inneren des Vermögens (hereditas) (S. 158.). In der Einfachheit der ältesten Zeit bildete der Nachlaß eines Römers eine um sein Grundstück sich gruppirende Einheit; Aeußeres und Inneres lagen noch unentfaltet zusammen, so daß man einerseits das Grundstück heredium nannte, und andererseits das Innere als etwas durch das Aeußere Besitzbares betrachtete. Mit zunehmender Staats- und Rechts-Entwicklung trat Inneres und Aeußeres in der Hinterlassenschaft „immer mehr" auseinander. Der Prätor, die Unbilligkeiten der civilen Erbfolge ausgleichend, faßte seine bonorum possessio fortdauernd als Universalsuccession. Ja dieser Gesichtspunkt wurde mit der Zeit „immer entschiedener" aufgefaßt, die bonorum possessio der hereditas „immer mehr" angenähert, das Interesse das Civilrecht zu ergänzen und zu verbessern über dem, die Ordnung bei der possessio hereditatis aufrecht zu erhalten, „immer mächtiger". Seitdem der Prätor zur möglichsten Ausschließung ganz fremder Personen (S. 205.) das bona possidere in die Hand nahm, bekam die pro herede usucapio durch die obrigkeitliche Unterstützung eine neue Folie. Sie kam in der Regel seit der dritten Periode nur bei der prätorischen bonorum possessio vor, es erhöhte sich dadurch aber gerade die Improbität der ohne ertheilte bonorum possessio pro herede Usucapirenden. Um diese Zeit erhob sich „allmählig" das prätorische Recht zu materiell gleichem Ansehen mit dem Civilrecht; die bonorum possessio bildete „immer mehr" ein die hereditas ergänzendes und modificiren-

des Erbsystem. Der bonorum possessor erhielt nun nicht erst durch die Usucapion das Eigenthum der körperlichen Sachen, sondern schon vermöge der datio bonorum possessionis in allen Vermögensverhältnissen utiles actiones für und gegen sich. So gingen „immer mehr" die guten Kräfte der pro herede possessio ausschließlich in die prätorische bonorum possessio über, in welcher sie nicht erst als Usucapion sondern schon nach ihrem Anfange als data bonorum possessio wirkten, während diese ursprünglich nur zur Unterstützung und Regelung der possessio et usucapio pro herede gegen den *heres* gemeint gewesen war.

Umgekehrt gegenüber dieser Entwicklung der bonorum possessio mußte man rücksichtlich der pro herede usucapio (S. 159.), je weiter die Scheidung des Inneren und Aeußeren fortschritt, sich „immer mehr" bewußt werden, daß die hereditas als solche nicht, sondern bloß die res hereditariae besitzbar seien. Der mit ihr verbundene Gewinn lockte die Habgier (S. 205.). Das Interesse derselben senkte sich aus der Person des Verstorbenen zugleich in die des Usucapienten herab und sie wurde nun oft eine improba et lucrativa possessio, die bonorum possessio trat mit der hereditas zusammen zu dieser improba et lucrativa pro herede usucapio in Gegensatz. Von den beiden Momenten, welche in der ursprünglichen Besitznahme des Nachlasses pro herede vereint lagen: Erwerb der einzelnen Sachen und Erwerb der Erbfolge fiel also, seit der Zeit, daß der Prätor sich dieses Instituts annahm, die erstere vorzugsweise der pro herede usucapio, die letztere vorzugsweise der bonorum possessio anheim, und eben darum mußte die bonorum possessio „immer mehr" schon durch die datio wirksam werden.

59. Diese Ansicht eines so gründlichen Kenners des römischen Rechts ist von bedeutendem Werthe. Sie enthält entschieden wichtige und richtige Elemente in sich, insbesondere den auch schon früher von Huschke betonten Satz, daß das Institut der bonorum possessio die Tendenz und auch den Erfolg gehabt habe, die zu einem lucrativen Erwerb der res hereditariae herabgesunkene usucapio pro herede zurückzudrängen. Aber in ihrer Hauptrichtung, daß aus der pro herede usucapio die Entstehung und der ursprüngliche Inhalt des Instituts der bonorum possessio abgeleitet und erklärt werden könne, halte ich die Huschke'sche Ansicht für unerwiesen und unhaltbar.

1) Zunächst ist der ganze Grundbeweis, worauf Huschke seine Ansicht stützt, daß die bonorum possessio ursprünglich die prätorische Regulirung des eigenmächtigen bona possidere et usucapere gewesen sei, ein unzureichender. Das Interdictum quorum bonorum ist allerdings ohne Zweifel ein Urbestandtheil der bonorum possessio, aber das beweist keineswegs, daß die bonorum possessio ursprünglich und wohl noch lange Zeit hindurch nur auf die körperlichen Sachen der Erbschaft gerichtet war. Es ist im Obigen genauer dargelegt worden, daß die Klassen testamento und lege jedenfalls der Grundstamm der bonorum possessio gewesen sind und daß darin mit Nothwendigkeit auch die Eventualität enthalten war: ein testamentarischer heres hat nicht bonorum possessio agnoscirt (sei es weil er es verschmähte, oder weil er der edictalen Forderung der Prolation von signirten tabulae nicht entsprechen konnte); es hat nun ein anderer lege die bonorum possessio erhalten, und der testamentarische heres hat danach (ganz so wie es Cicero in Betreff

des Verrinischen Falls darstellt) lege oder per sponsionem gegen den bonorum possessor zu klagen. Hier ist also der, welcher die b. p. unde legitimi erhalten hat, nicht heres, sondern nur fingirter heres; und diese Fiction ist auch in den Edictsworten: uti quemque potissimum heredem esse *oporteret*, *si intestatus mortuus esset* ausdrücklich ausgesprochen. Diese Fiction bildet also einen Urbestandtheil der bonorum possessio, und die nothwendige Folge davon ist, daß dieser Fiction auch ficticische Klagen entsprochen haben müssen, eine Rechtsform, die ja überhaupt gerade den Zeiten, in denen wir die Entstehung der bonorum possessio uns zu denken haben, die besonders adäquate ist. Es verhält sich gerade entgegengesetzt, als Huschke sich die Sachlage vorstellt. Wenn der testamentarische heres selbst die bonorum possessio erhalten hat, so ist natürlich von fictitiae actiones nicht die Rede, denn dieser Erbe hat ja die Klagen des Erblassers schon als directe und hier hat mithin für den bonorum possessor nur das Int. quor. bon. selbständige Bedeutung. Wenn dagegen beim Vorhandensein eines testamentarischen Erben (si tabulae non proferentur), also gegen den *heres*, (und so denkt sich ja Huschke seine älteste bonorum possessio), ein legitimus die bonorum possessio erhält, so hat Letzterer auch durch Constatirung seiner agnatischen oder gentilicischen Stellung zum Erblasser doch nie dessen directae actiones, weil er eben nicht heres ist. Und doch will ihn der Prätor in Folge seines magistratischen Beneficiums so stellen, wie er als heres stehen würde, wenn der Erblasser intestatus gestorben wäre. Also hier genügt nicht das Interdictum quorum bonorum, sondern hier sind von Anfang an fictitiae actiones nöthig gewesen.

Sonst müßte man sagen, der Prätor habe seinen beabsichtigten Zweck nicht zu erreichen verstanden, trotzdem daß der Begriff der Fiction ausdrücklich im Edicte selbst schon ausgesprochen war und daß die Construction ficticischer Klagen in der damaligen Zeit durchaus gäng und gäbe war, — eine Supposition, die man dem römischen juristischen Sinn doch nicht wird aufbürden wollen. Es ist also völlig zu läugnen, daß dem Institut „wohl noch lange Zeit hindurch" die utiles actiones gefehlt hätten, und der Beweisgrund, den hiefür noch insbesondere Huschke anführt, kann nicht als stichhaltig betrachtet werden. Daß nämlich in der letzten Klasse des Scävola'schen Edicts vorausgesetzt wird: si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit *neminique eam solverit*, ist nicht mit Huschke so zu erklären, als wäre dies deßhalb oft vorgekommen, weil dem bonorum possessor die actiones utiles gefehlt hätten; hätte er sie schon gehabt, so würde es gewiß an einem bonorum possessor und dann also auch an der Anstellung der utiles actiones gegen den debitor nicht gemangelt haben. — Dies paßt schon zu den Jahresdaten nicht. Denn das 50 Jahr vor der Verrinischen Rede verfaßte und zu Cicero's Zeit entschieden in Anwendung befindliche Edict des Scävola fällt in eine Zeit, wo dem prätorischen von Cicero mitgetheilten Edict nach der eben gegebenen Erörterung die utiles actiones doch jedenfalls schon zugeschrieben werden müssen. Die Erklärung der letzten Klasse des Scävola'schen Edicts muß also nothwendig aus anderen Gründen entnommen werden, und diese liegt offenbar in der Häufigkeit der bona vacantia. Civilrechtliche Klassen sind nur der testamentarische Erbe, und ex lege: die sui, der proximus agnatus und die gentiles; der

Grundstamm der bonorum possessio sind ebenfalls nur diese Klassen, und hiefür wird man gewiß mit Recht sagen dürfen, daß „wohl lange Zeit hindurch" sie der alleinige Bestand der bonorum possessio waren. Damit aber ist von selbst die Antwort gegeben, daß in gar vielen Fällen Niemand auf hereditas und bonorum possessio berechtigt, also troß alles juristischen Bestandes von utiles actiones in der bonorum possessio doch Keiner war, der den Erbschaftsschuldner zur Zahlung zwingen konnte.

Freilich besteht ja auch schon zu Cicero's Zeit die bonorum possessio, welche sine testamento und sine lege ertheilt wird; aber doch noch ganz unentwickelt und als ein Gebiet arbiträrer auf aequitas beruhender prätorischer Auswahl, und allerdings wird man sagen dürfen, daß nun im Fall vacanter Güter der Prätor einem nachsuchenden Cognaten oder überlebenden Ehegatten schwerlich noch die bonorum possessio versagt haben, also nunmehr die wirkliche Vacanz der Güter wohl viel seltener geworden sein wird. Aber eben diese Unentwickeltheit der bonorum possessio sine testamento und sine lege zeigt, daß sie noch nicht lange vorher aufgekommen sein kann, also zur Zeit der Scävola'schen Edictsaufstellung schwerlich schon bestanden hat, weßhalb es denn eben sehr am Platze war, in demselben die fünfte Klasse zu formuliren.

60. — 2) Huschke sagt ausdrücklich und gewiß mit Recht, daß die Einführung der bonorum possessio in die Zeit zu setzen sei, in der die pro herede usucapio bereits ihre zweite Gestalt angenommen hatte, also nur noch eine Usucapion der einzelnen Erbschaftssachen war. Dem entsprechend soll nun nach Huschke

die ursprüngliche bonorum possessio lediglich eine magistratische Regulirung des bona possidere und usucapere gewesen sein, und demgemäß sich lediglich auf die körperlichen Erbschaftssachen bezogen haben. Höchst eigenthümlich ist es dabei, wie Huschke nichtsdestoweniger schon die ursprüngliche bonorum possessio auf die universitas der bona gerichtet annimmt. Er rechtfertigt das damit, daß auch schon die pro herede usucapio in ihrer älteren Gestalt eine per universitatem successio enthielt, und also dies frühere Princip der pro herede usucapio von der bonorum possessio aufgenommen wurde. Ja Huschke findet es nöthig, für die so unzweideutige Nachricht des Gaius (die ja auch Seneca mittheilt, Ziffer 44.), daß sich die pro herede usucapio einst auf die hereditas selbst, nicht bloß auf die res hereditariae bezogen habe, noch nach einem besonderen Beweise zu suchen. Er findet diesen „ganz sicheren" Beweis eben in jenem Umstande, daß die bonorum possessio (trotzdem daß sie ursprünglich ohne fictitiae actiones nur die körperlichen res hereditariae berührt habe) doch auf die universitas der bona gerichtet gewesen sei. Huschke hebt noch besonders (S. 157.) hervor, daß diese beiden Dinge „nicht unverträglich" mit einander seien, aber es muß doch Folgendes dagegen bemerkt werden. Angenommen: die bonorum possessio ist von Anfang an auf die universitas bonorum gerichtet gewesen, was ich für völlig richtig halte[70]), dann ist sie eben eine Verleihung des „Innerlichen" (wie Huschke sagt), oder besser (wie

70) Fr. 3. pr. h. t.: *universitatis* cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum.

Labeo sagt)[71]) der *iuris* magis quam corporis possessio. Alsdann aber ist sie begrifflich von vorn herein etwas völlig Anderes, als eine magistratische Regulirung der pro herede possessio an den körperlichen res hereditariae. Labeo sagt dies ausdrücklich: *non uti rerum* possessio accipienda est. Wenn aber dies richtig ist und wir die universitas bonorum als das Object der bonorum possessio nicht fallen lassen dürfen, so ist es eben unmöglich, die Entstehung der bonorum possessio an die damals schon zu einer possessio rerum hereditariarum herabgesunkene pro herede usucapio anzuknüpfen. Man könnte dabei höchstens noch sagen, daß in dieser Richtung der bonorum possessio auf die universitas oder auf das ius eine gewisse Reminiscenz oder historischer Rückblick oder Anhaltspunkt an die frühere Periode der pro herede usucapio, als sie eine successio pro universitatem zur Folge hatte, enthalten sei [72]). Aber dies sagen und also die universitatis cuiusque successio als Grundidee der bonorum possessio hinstellen, und letztere dabei gleichzeitig, unter der vermutheten Gestalt einer magistratischen Regulirung des pro herede Possidirens der körperlichen res hereditariae, als ein Institut bezeichnen, das noch keine utiles actiones enthalten haben könne, — das erscheint doch als die Zusammenfassung zweier unvereinbarer Dinge.

3) Huschke verwendet bei seiner Ansicht ein eigen-

71) fr. 3. §. 1. h. t. cit.

72) Jedenfalls ist es wohl sehr gewagt, diese Combination als einen „ganz sicheren Beweis" zu bezeichnen, wodurch man der so deutlichen Stelle des Gaius eine noch größere Garantie würde geben können.

thümlich unbestimmtes Element, dem sich, eben wegen dieser Unbestimmtheit, sehr Vieles unterlegen läßt, das aber der ganzen Ansicht ein eigenthümliches Dunkel verleiht: nämlich die Auffassung der „immer mehr“ vor sich gehenden Umwandlung des Instituts der bonorum possessio aus einer ursprünglichen magistratischen Regulirung des pro herede Possidirens in (das was sie nach den Quellen entschieden ist) eine magistratische Regulirung der Erbfolge.

Es ist wohl zu beachten, daß es keinerlei Quellenstelle giebt, welche irgend darauf hindeutete, daß die bonorum possessio jene ursprüngliche engere Bedeutung gehabt, und aus der Anknüpfung an das Institut des Usucapirens der Erbschaftssachen hervorgegangen sei. Es handelt sich also lediglich darum, ob man die Entwicklung durch ihre innere Folgerichtigkeit als eine wahrscheinliche bezeichnen darf. Das ist aber nicht der Fall. Huschke fühlt selbst sehr wohl den Punkt, der ihm entgegensteht. Wenn die bonorum possessio eine magistratische Regulirung der Erbfolge ist, so liegt darin mit Nothwendigkeit, daß ihr eigentlicher Grund und Boden die *datio* ist. Huschke sagt selbst ganz richtig (S. 207): „es liegt in der Natur der Erbfolge, daß bei ihr der Anfang und die Willensbestimmung, Nachfolger per universitatem zu werden, das Bestimmende ist“ und andererseits in Betreff der pro herede usucapio, „es besteht ihre ganze rechtliche Kraft in der einseitigen Occupation des Besitzes von Nachlaßsachen.“ In der bonorum possessio reducirt sich nun Alles auf die datio von Seiten des Prätors. Weil der Prätor die bonorum possessio ertheilt hat, so bekommt der Erwerber das Interdictum quorum bonorum. Wohl von jeher hat von diesem Gesichtspunkte

aus es gelautet: quorum bonorum ex edicto meo *illi possessio data* est. Wäre die bonorum possessio zu irgend einer Zeit eine bloße Regulirung der pro herede usucapio gewesen, so müßte zu dieser Zeit ihre rechtliche Kraft sich auf die „einseitige Occupation des Besitzes von Nachlaßsachen" gestützt haben. Wollte der Prätor die pro herede usucapio reguliren, so mußte er sie doch zunächst als Grundlage seines Dazwischentretens anerkennen. Also die Thatsache der „einseitigen Occupation des Besitzes" mußte die Basis sein, von der der Präto: ausging. Er müßte, wenn Mehre sich zur Erbschaft drängten, dem den Besitz zuerkannt haben, der sich als der richtige einseitige Occupant auswiese. Nun aber sagt Cicero ausdrücklich, daß es sich bei der bonorum possessio gerade nicht um den Grundsatz handele: uter possideat. Er verklagt gerade den Verres um das, was nach Huschke der ursprüngliche Inhalt des tralaticischen Edicts hätte sein müssen. Ist die bonorum possessio ursprünglich nichts wie die pro herede usucapio und ist die pro herede usucapio einseitige Occupation, so mußte die bonorum possessio den amicus des Verres, der die Erbschaft einseitig occupirt hatte, in diesem seinem Besitz als einseitigen Occupanten schützen, was sie aber gerade nicht gethan hat, und was nicht einmal Verres zu thun gewagt hat. Denn wenn freilich der dolus des Verres darauf ging, seinem Helfershelfer als Besitzer der Erbschaft nun auch magistratischen Schutz zu gewähren [73]), so hat er das doch nicht offen ausgesprochen, sondern (in der oben erörterten Weise) mit einer anderen Edictsfassung bemäntelt.

73) In Verr. l. c. quia possessor est, non moves possessione.

Die Grundideen der bonorum possessio stehen dieser Auffassung, als sei das Institut ursprünglich eine magistratische Regulirung des einseitigen Occupationsrechtes, von Allen Seiten entgegen. Huschke erkennt an, daß das Interdictum quorum bonorum schon der ältesten Gestalt der bonorum possessio angehört. Aber der Interdictskläger hat sich nicht darauf zu stützen, daß er einseitig die bona occupire und daß der Prätor diese einseitige Occupation genehmigt habe, sondern lediglich darauf, daß ihm vom Prätor ex edicto (also auf Grund dessen, daß er, wie Cicero sagt, possessorem esse *oportet)* bonorum possessio *data* sei. Und umgekehrt der Beklagte, der eben die Erbschaftssachen als „einseitiger Occupant" besitzt, kann sich auf dies sein einseitiges Occupationsrecht nicht berufen, sondern er wird durch das aus der datio bonorum possessionis hervorgehende schwerer wiegende Recht besiegt. Gegenüber dieser sicher der ältesten Zeit angehörigen Formel das Interdictum quorum bonorum kann man also nicht behaupten, daß die bonorum possessio eine (magistratisch regulirte) pro herede possessio gewesen sei, da gerade umgekehrt das Recht aus der *datio* es ist, welches hier die pro herede possessio überwindet. Nicht erst mit der Zeit ist die bonorum possessio „immer mehr" durch die datio wirksam geworden, sondern dies Element liegt in ihr von Anfang an. Nur das ist richtig an der Huschke'schen Ansicht, — erstlich: daß der Prätor die Besitzregulirung des Erbfalls in einer Weise in die Hand genommen hat, welche fortan der eigenmächtigen pro herede possessio und usucapio entgegenwirken sollte, und damit denn auch in der That das Institut der pro herede usucapio (welches früher immerhin oft in gutem Sinne verwendet sein mag) zu einem Deck-

mantel für die Improbität und unmotivirte Gewinnsucht herabsank. Und zweitens: daß indem nun seinerseits der Prätor (nicht die einseitige Besitzoccupation sondern) die magistratische Besitzzutheilung, oder die Gewährung eines Rechts auf adipisci der possessio, schuf, damit implicite dem bonorum possessor auch das Recht gewährt war, von dem Moment an, wo er in den Besitz der Sachen gekommen sein würde, das einmal de iure bestehende (jedem improbus und so denn hier noch vielmehr dem probus possessor zugängliche) Recht der pro herede possessio und usucapio auch für sich in Anspruch zu nehmen. Aber dies Recht wird ihm gar nicht durch den Prätor gegeben, es ist nur accidentell die Folge der Besitzerlangung der Erbschaftssachen [74]).

Die bonorum possessio, d. h. das aus der prätorischen datio [75]) hervorgehende Recht auf *adipisci* der possessio der corpora hereditaria [76]), ist also etwas ganz Anderes als die pro herede possessio. Dies zeigt weiter, daß, da dies Recht auf adipisci von jeher ein Bestandtheil der bonorum possessio gewesen ist, auch von jeher die bonorum possessio „durch die datio wirksam war.“ Nehmen wir nun

74) Ueberhaupt aber scheidet durch die (oben dargestellte) Entwicklung der proba pro herede usucapio dieser Begriff aus dem bisherigen Institut der pro herede usucapio gewissermaßen aus, und assimilirt sich der regulären Usucapion.

75) Val. Probus 6. P. D.E. (bonorum) *possessio data est;* Huschke Jurispr. antei. p. 75.

76) Gai. IV. 144. quod quisque ex his *bonis, quorum possessio alicui data est* . . . ei utile est, qui nunc primum conatur *adipisci rei possessionem.*

hinzu, daß diese datio, wie wir in dem Edict bei Cicero und in der Interdictsformel lesen, auf die *hereditas* oder die *bona*, nicht aber auf das, was *ex his* bonis ein eigenmächtiger Besitzergreifer inne haben kann d. h. nicht auf die corpora hereditaria gerichtet war [77]), so ergiebt sich folgendes Endresultat. Die bonorum possessio war von jeher eine magistratische Zutheilung der Erbfolge, eine iuris possessio. Mit der pro herede possessio hat sie an sich nichts zu thun (non uti rerum possessio accipienda est), wenn sie gleich, nachdem dem bonorum possessor in Folge seines aus der bonorum possessio resultirenden Rechts auch die rerum possessio zugekommen ist, an diesen corpora hereditaria die pro herede possessio et usucapio zur Folge hat. — Ist hiernach die Huschke'sche Ansicht [78]) in sich unhaltbar, so müssen wir

77) Wer dem Erblasser die Augen zugedrückt und sogleich sämmtliche corpora hereditaria in Besitz genommen hatte, stand darum unverändert der Interdictsformel so gegenüber: quod *de his bonis* possides, *quorum possessio* (dem Kläger) data est (fr. 1. quor. bon. 43. 2.). Also die *bona* sind die *universitas* (fr. 3. pr. h. t. universitatis cuiusque successio qua succeditur in ius demortui), aus der das Interdictum quorum bonorum von jeher nur die corpora hereditaria umfaßt hat. So alt daher diese Interdictsformel ist, so alt ist es auch, daß die datio possessionis von Seiten des Prätors auf die universitas der bona gerichtet war.

78) Auch Savigny hat in seiner Abhandlung über das Interdict Quorum bonorum eine ähnliche Auffassung ausgesprochen (Verm. Schr. II. S. 234. 235.), ohne aber sich auf eine detaillirtere Durchführung derselben durch das gesammte Quellengebiet einzulassen. Er

ihr doch Dank wissen, denn Huschke hat das Verdienst, im großen historischen Entwicklungsgange des Erbrechts der pro herede usucapio gegenüber der bonorum possessio die ihr gebührende Stelle angewiesen zu haben. Der Bestand der pro herede usucapio (und zwar der schon zu einem Erwerben der einzelnen res hereditariae herabgesunkenen) ist der Boden, aus dem, wesentlich mit zum Zweck der Reaction gegen diese Rechtszustände, die bonorum possessio emporgewachsen ist. Aber unrichtig ist es, der bonorum possessio nur diesen Einen treibenden Zweck unterzulegen. Sie ist von vorn herein ein viel zu reicher Gedankencomplex, als daß sie auf diesen Einen Gesichtspunkt zurückgeführt werden dürfte. Und ganz unzulässig ist es, die bono-

sagt: „der Prätor wollte dem bonorum possessor sicher zum Anfange der Usucapion verhelfen, und dazu reichte das Interdict völlig hin. Verlor er den Besitz vor Vollendung der Usucapion d. h. noch im ersten Jahr, so konnte er sich in den meisten Fällen durch eigentlich possessorische Interdicte, durch furti actio [vgl. oben Ziffer 50.] u. s. w. helfen; war aber keine dieser Klagen begründet, so hatte er nicht über den Prätor, sondern nur über seine eigene Unvorsichtigkeit zu klagen. Dieses halte ich für den Anfang des ganzen Instituts der bonorum possessio. . . . Nachdem nun die bonorum possessio neben der hereditas eine geraume Zeit bestanden hatte, und besonders nachdem sie ihr durch die Einführung und Ausbildung des natürlichen Eigenthums in den Wirkungen näher gerückt worden war, gewöhnte man sich mehr und mehr daran, sie als ein der hereditas gleichartiges Recht anzusehen" . . . . . . „Erst von der Zeit des Mark Aurel an konnte man die bonorum possessio im Allgemeinen als ein der hereditas gleichartiges Recht ansehen."

rum possessio selbst als aus dem Baumaterial desjenigen Gebäudes aufgeführt vorauszusetzen, welches sie zurückzudrängen berufen war.

61. Es bleibt noch übrig, 1) die besondere Beziehung zu besprechen, in die Huschke die Einführung der bonorum possessio zu der lex Furia testamentaria bringt.

Es ist schon oben (Ziff. 42.) widerlegt worden, daß sich in der lex Furia bereits eine Beschränkung der pro herede usucapio auf die exceptae personae finden lasse. Damit fällt denn auch der Anhaltspunkt, den Huschke daraus für seine Ansicht über Entstehung der bonorum possessio entnimmt. Es soll nämlich die bonorum possessio ganz mit dieser Tendenz der lex Furia zusammentreffen. Der Prätor habe an sich auch nur Unberufene von der pro herede usucapio wegdrängen und dieselbe den „natürlich Berechtigten" (früher sagte Huschke: „dem Würdigsten") zuwenden wollen, und deßhalb habe er, als er diesen die possessio als einen (ursprünglich auf die körperlichen Sachen beschränkten) Universalerwerb versprach, „natürlich" auch nur die exceptae personae der lex Furia als Berechtigte anerkannt.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die exceptae personae der lex Furia und die Beschränkung der b. p. unde cognati auf dieselben Personen in historischem Zusammenhang mit einander stehen; aber die Folgerungen, die Huschke aus dieser Thatsache zieht, werden damit doch nicht im Geringsten gestützt. Schon der Umstand, daß zu den exceptae personae „gewiß" auch vir et uxor gehörten, ist ganz ungewiß. Wie es aber sich denken lassen soll, daß die „nach Civilrecht

Berechtigten" zu den exceptae personae gehörten, ist mir nicht deutlich. Also: der Prätor hat zur bonorum possessio (nach Huschke ursprünglich: dem prätorisch-vermittelten bona possidere et usucapere) der civil-rechtlichen Klassen a) den testamentarischen heres auf Grund der prolatae tabulae, und b) den legitimus heres gerufen, und dies ist der eigentliche Kern der bonorum possessio, woneben die b. p. sine testamento und sine lege zu Cicero's Zeiten noch sehr unentwickelt auftritt. Wie soll es denn nun verstanden werden, daß der Prätor diese Civilklassen als exceptae personae (der lex Furia doch?) gerufen habe, wie sollen wir uns also diese Erbklassen als exceptae personae in der lex Furia denken?

Man sieht, mit diesen Combinationen ist nichts gewonnen. Dagegen jener wirkliche Zusammenhang zwischen der lex Furia und der bonorum possessio ist ein einfach verständlicher. Mit dem Kern der bonorum possessio, den confirmandi iuris civilis gratia gegründeten Klassen, hat die lex Furia gar nichts zu thun, wenn auch es ganz richtig sein mag, daß die bonorum possessio in ihrer ersten, auf diese confirmatorischen Klassen beschränkten Gestalt ungefähr um die Zeit der lex Furia (571?) entstanden sein wird. Cicero spricht von der bonorum possessio im J. 684. in einer Weise, daß damit die Annahme eines wenigstens schon hundertjährigen Bestandes sehr wohl zusammenstimmt. Dagegen die bonorum possessio sine lege und sine testamento mag erst kürzere Zeit vor dem Jahre 684. aufgekommen sein, und dabei ist es sehr erklärlich, daß man sich für die Cognaten, unter denen überhaupt der Prätor sich nach Aequität den Bestbefugten aussuchen zu wollen erklärte, von vorn herein

die Gränze setzte, die man von der lex Furia her gewöhnt war. Man kann hienach sehr wohl mit Huschke sagen, daß ungefähr seit der lex Furia das prätorische Edict sich „zur Ausbildung einer wirklichen Erbfolge" in Thätigkeit gesetzt habe, wenn man nur die beiden anderen Punkte wegläßt, daß der Prätor sich für diesen Zweck erst noch wieder der „factischen erbschaftlichen Nachfolge" d. h. des Instituts der pro herede usucapio habe „bemächtigen" müssen, und daß der Wendepunkt selbst die lex Furia in Gemäßheit ihres Inhalts gewesen sei [79]).

2) Schließlich ist noch eine oben bereits dargestellte Seite der bonorum possessio hervorzuheben, welche die von Huschke versuchte besondere Anknüpfung derselben an die pro herede usucapio [80]) vollends unthunlich

79) Vgl. auch noch meine Bon. Poss. I. S. 59.

80) In Anschluß an Savigny und Huschke leitet auch Köppen (System des Erbr. S. 22. ff.) den Ursprung der bonorum possessio aus der pro herede usucapio ab. Es ist hier noch kurz zu skizziren, in welcher besonderen Formulirung die Frage bei diesem Schriftsteller auftritt. Köppen läßt das aus den Verrinen erhaltene Stück des Edicts ganz bei Seite, und lehnt sich lediglich an die Ciceronischen Stellen de part. orat. c. 28. und de legib. II. 19—21. an. Der Prätor war, nach ihm, das Organ um die im Volke sich bildende Rechtsansicht, daß die Cognaten zur Erbberechtigung zuzulassen seien, in's Werk zu setzen. Als Anknüpfungspunkt diente ihm dazu ein Institut des geistlichen Rechts, die pro herede usucapio. In alter Zeit concentrirte sich der ganze Nachlaß im heredium d. h. dem hinterlassenen Grundstück, auf dem die Opfer zu verrichten waren. Man nahm an, daß, wer dies Grundstück durch Jahresfrist in Besitz habe, dem zögernden Erben gegenüber die Erbschaft ersitze, aber

erscheinen läßt. Die bonorum possessio ist ein Gebilde magistratischer Machtvollkommenheit, von vorn herein geeignet, wörtlich ganz eben so in den Provinzen wie in Rom edicirt zu werden. Dieser vom engeren ius civile sich abscheidende Charakter des Instituts ist sicher ihm von Anfang an innewohnend, auch wenn es gar nicht gleich zur Edicirung außerhalb Roms (die Provinzen kamen ja damals erst allmälig hinzu) gekommen ist. Andererseits die pro herede usucapio ist lediglich ein Institut des ius civile, auf dessen besonderem Boden lediglich zu specifisch römischen Zwecken erwachsen. Hätte also in der bonorum possessio der

nun auch die Pflicht zur Prästirung der Sacra und zur Schuldenzahlung übernehme. Als jedoch die Erbschaft sich nicht mehr einheitlich in dem heredium darstellte, und also auch viele Usucapienten rücksichtlich der Erbschaftssachen vorkommen konnten, halfen sich die Pontifices durch die Heranziehung des Besitzers der größeren Erbschaftsquote. Zur Hülfe der Erbschaftsgläubiger, gegenüber dem sie jetzt benachtheiligenden Institut der pro herede usucapio, ließ nun aber der Prätor eine Regulirung derselben eintreten, in der Art, daß sich fortan die Ersitzung der Erbfolge nur an die Personen knüpfte, welchen die bon. poss. ertheilt war. Der Prätor ertheilte aber dieselbe so, daß er den Cognaten bei der iure civili möglichen Acquisition des Nachlasses durch Nichterben die erste Stelle einräumte. Die bonorum possessio ist also, nach Köppen, ursprünglich nichts Anderes, als „eine factische Gewährung der Erbschaft zum Zweck ihrer Ersitzung." Es konnte „daher anfänglich von ihr ein auf alle Fälle erfolgreicher Gebrauch nur gemacht werden, wenn es an civilen Erben fehlte oder wenn diese selbst des interdictum quorum bonorum wegen sich der prätorischen Hülfe bedienten."

Gedanke gelegen, daß sie eine (nur magistratisch regulirte) pro herede usucapio sei, so würde sie gar nicht ein so selbstverständlich auch für die Provinzen verwendbares Institut geworden sein.

§. 1598. d.

Die von der bonorum possessio ursprünglich gewährten Rechte.

(I. Juris possessio. — b. p. cum re und sine re — ratio der Einführung des Instituts. — II. Fictitiae actiones, Int. quor. bon. und sonstige Rechtsmittel. — III. Besitz und in bonis des bon. possessor.)

62. Es ist jetzt das Resultat erlangt, daß die bonorum possessio von jeher eine magistratische Regulirung der Erbfolge, die datio einer iuris possessio, gewesen ist; daß die Ableitung ihres Ursprungs aus anderen nebenliegenden Elementen (insbesondere den der Proceßregulirung oder der Regulirung des bona possidere und usucapere) und demgemäß die Annahme, die bonorum possessio habe sich erst später und allmälig zu der iuris possessio umgewandelt, die sie in der classischen Zeit entschieden war, — in den Quellen keinen Anhalt findet.

Ferner ist festgestellt, daß diese magistratische datio hereditatis possessionis ursprünglich sich auf die civilrechtlichen Klassen bezog, also (wie man dies später ausdrückte) confirmandi iuris civilis gratia proponirt war; daß dagegen die sine testamento und sine lege ertheilte bonorum possessio erst daran angelehnt und, nach dem Wenigen von Cicero darüber Gesagten zu urtheilen, zur Zeit der Verrinischen Rede noch nicht zu

der festen Formulirung der bonorum possessio unde cognati und unde vir et uxor gelangt war.

Es sollen jetzt im Genaueren die einzelnen in diesem alten Stamm des ganzen Instituts der bonorum possessio liegenden Rechte dargestellt werden.

I. Die erstliegende Frage in dieser Hinsicht ist die von der iuris possessio. Wir untersuchen einestheils: welche Bedeutung die in der *bonorum possessio* liegende *iuris possessio* hatte? und anderntheils: was der Zweck war, welchen die Einführung dieser iuris possessio im Gesammtorganismus des römischen Rechts ausfüllen sollte?

A. Die bonorum possessio war eine possessorische Gewährung des Erbrechts. Die universitatis cuiusque successio, qua succeditur in ius demortui, also die Erbfolge ist der Gegenstand [81]); und an diesem Gegenstande verleiht (dat) der Magistrat, auf Grund der besonderen in dieser Hinsicht in seinem Imperium liegenden Machtvollkommenheit [82]), die possessio. Die Agnition hat eine juristische Bedeutung, auch wenn gar keine körperlichen Erbschaftssachen vorhanden sind, worauf das Interdictum quorum bonorum angestellt werden könnte [83]). Was war diese juristische Bedeutung?

81) Fr. 3. pr. h. t.

82) Fr. 1. de iurisd. 2. 1.: Ius dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem *dare* potest; fr. 3. eod: mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest: quod in *danda* bonorum possessione consistit.

83) Fr. 3. §. 1. h. t.: denique et si nihil corporale sit in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem agnitam, *Labeo ait.*

Zunächst sind die römischen Bezeichnungsweisen zusammenzustellen, womit diese Bedeutung charakterisirt werden soll. Der eine Quellen-Ausdruck ist der, daß der bonorum possessor als *vice heredis* stehend bezeichnet wird:

Fr. 2. h. t. (Ulp.): In omnibus enim *vice heredum* bonorum possessores habentur.

Der zweite Ausdruck ist: *velut heres:*

Fr. 1. de her. pet. poss. 5. 5. (Ulp.): .... rationem habere praetorem eorum quos ipse *velut heredes* facit, hoc est eorum quibus bonorum possessio data est.

Der dritte häufigste Ausdruck endlich ist: *loco heredis:* Ulp. XXVIII. 12.: Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed *heredis loco* constituuntur beneficio praetoris.

Fr. 13. pr. de b. p. c. t. 37. 4. (Julian.): omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor *heredis loco* constituit.

Fr. 117. de reg. iur. 50. 17. (Paul.): Praetor bonorum possessorem *heredis loco in omni causa habet.* (fr. 128. §. 1. eod.)

Gai. IV. 111.: quales sunt eae (actiones), quas (praetor bonorum posses)soribus ceterisque (qui) *heredis loco* sunt (accommodat). — (Pr. J. de perp. et temp. act. 4. 12.)

Gai. III. 32.: Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non (fiunt; nam) praetor heredes facere non p(otest .....) sed (eis siqui)dem praetor d(et bonorum) p(ossessionem *lo)co heredum* (constituuntur).

§. 2. I. de b. p. Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales) sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, *loco heredum* constituuntur et vocantur bonorum possessores.

Diesem §. 2 geht in §. 1. die schon oben mitgetheilte Stelle voraus, wonach der Prätor aliquando magis confirmandi iuris civilis gratia pollicetur bonorum possessionem, also an Personen, denen auch remota bonorum possessione die hereditas iure civili zusteht. Im Gegensatz hiezu spricht dann der §. 2. von denen, die der Prätor *solus* ad hereditatem vocat. Dies Wort solus fehlt in dem entsprechenden §. 32 bei Gaius, aber offenbar haben die Gaiischen Worte darum doch keinen anderen Sinn. Denn Gaius spricht hier (vom §. 25. an), von den iuris iniquitates, welche edicto praetoris emendatae sunt; er meint also mit den Worten quos autem praetor vocat in der That diejenigen, welche praetor *solus* vocat. Und demgemäß hebt er dann in dem ebenfalls besprochenen §. 34 noch besonders hervor, daß die schon nach Civilrecht zur hereditas Gerufenen nur im Interdictum quorum bonorum einigen Nutzen aus dem Beneficium entnehmen, indem alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili. Es ist aber wohl zu beachten, daß diese Civilerben doch nicht als solche ein Recht auf das Interdictum quorum bonorum haben, sondern, wenn sie zu demselben gelangen wollen, sich rücksichtlich der Erbittung ganz dem

Systeme der bonorum possessio fügen müssen. Also der Prätor vocat eos ad bonorum possessionem in bestimmten Fristen und *dat* iis possessionem in derselben Weise, wie wenn er an non heredes die bonorum possessio ertheilt: quibus casibus *beneficium* in eo solo videtur aliquam *utilitatem* habere, quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto . . . uti possit.

Also die bonorum possessio bleibt, auch wenn hier nur das Interdict dem Erwerber practischen Nutzen gewährt, doch unverändert in ihrer gesammten Handhabung. Sie ist auch für den Civilerben ein Beneficium, welches ganz eben so als iuris possessio geboten und ertheilt wird, wie an die non heredes. Daraus erklärt sich, daß bei den anderen vorher mitgetheilten (und dem Worte *loco* heredis doch entschieden gleichbedeutenden) Ausdrücken ganz allgemein gesagt wird, der Prätor mache eos, quibus bonorum possessio data est (darunter stehen ja auch die heredes, welche bonorum possessio erhalten haben) zu *velut* heredes, und es würden die bonorum possessores (also offenbar alle) in omnibus *vice* heredum gehalten.

63. Hierin liegt der wichtige Satz: die Zutheilung der b. p. (datio bonorum possessionis) ist immer eine und dieselbe magistratische Verleihung der *iuris* possessio. *Bona* bedeutet dabei ganz dasselbe wie *hereditas* d. h. die Universalsuccession [84]).

84) Gai. II. 97. 98.: . . quibus modis *per universitatem* res nobis acquirantur, si cui heredes facti sumus, *sive cuius bonorum possessionem petierimus.*

Fr. 3. pr. h. t. (Ulp.): Bona autem hic, (ut) plerumque solemus dicere, (ita accipienda sunt) [85]) ***universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui***... §. 1. Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio, accipienda est, est enim ***iuris*** magis quam corporis ***possessio.***

Fr. 119. de V. S. 50. 16. (Pomp.): ***Hereditatis*** appellatio... ***iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio*** (vgl. fr. 9. §. 12. de her. inst. 28. 5. und fr. 178. §. 1. de V. S. 50. 16.)

Fr. 208. eod. (Afric.): ***Bonorum*** appellatio, ***sicut hereditatis***, ***universitatem*** quandam ac ***ius successionis***, et non singulares res demonstrat [86]).

85) Mommsen (in seiner Digestenausgabe) schlägt vor, die in Klammer geschlossenen Worte zu deliren. Dann wäre aber doch das hic plerumque hart oder nicht einmal richtig, denn bei der b. p. wird das Wort bona immer in diesem Sinn genommen. Dagegen das: ita accipienda sunt ist allerdings werthlos. Besser wäre wohl zu lesen: Bona autem hic, ut plerumque, solemus dicere universitatis cuiusque successionem. (Dafür sprechen auch die Basiliken XL. 1. l. 3.: *Ἀγαθὰ δὲ ἐπὶ τῆς διακατοχῆς ὡς, ἐπὶ τὸ πλεῖστον, λέγομεν τὴν ἐν ὁμάδι διαδοχήν* [Heimb. statt: *διακατοχήν*]; bona autem in bonorum possessione, ut plurimum, dicimus per universitatem successionem). — Eine andere Bedeutung von bona s. in fr. 39. §. 1. fr. 83. de V. S. 50. 16. (vgl. noch fr. 49. eod.) Vgl. auch Ziff. 23. A. 88.

86) Etwas Weiteres, als daß die aus dem Begriff der Universalsuccession zu ziehenden Consequenzen von der hereditas auf die b. p. herüberzuziehen sind, sagt auch nicht der leicht mißverständliche Satz des fr. 138. de

Daher eben rechtfertigte es sich, daß man die Ausdrücke hereditatis possessio und bonorum possessio

V. S. (Paul): Hereditatis appellatione *bonorum* quoque *possessio* continetur: vgl. auch fr. 170. eod. (Ulp.): heredis appellatione omnes significari successores credendum est, etsi verbis non sint expressi. Diesem entsprechen denn die vielen Einzeluntersuchungen der Juristen, wonach sie eine gewisse Klage oder ein gewisses Verhältniß ebenso wie auf den heres, so auch auf den b. poss. oder überhaupt die ceteri successores für übergehend erklären, z. B. fr. 17. §. 1. de procurator. 3. 3.; fr. 16. §. 2. quod met. c. 4. 2.; fr. 7. §. 9. de Publ. act. 6. 2.: „*heredi et honorariis successoribus*"; fr. 20. §. 13. de her. pet. 5. 3.; fr. 3. §. 4. usufr. quemadm. caveat. 7. 9.; fr. 1. §. 17. si quadrup. paup. 9. 1.; fr. 23. §. 8. ad leg. Aquil. 9. 2.; fr. 5. §. 5. de his qui effuder. 9. 3. „*heredi similibusque personis*"; fr. 5. §. 13. eod.; fr. 9. §. 6. de int. in iure. 11. 1. „in *heredibus sed etiam in honorariis successoribus*"; fr. 13. pr. de serv. corr. 11. 3.; fr. 3. §. 5. si mensor fals. mod. 11. 6. „*heredi similibusque personis*"; fr. 6. pr. fr. 14. §. 17. de religios. 11. 7. „adversus *heredem bonorumve possessorem ceterosque successores*"; fr. 31. §. 2. eod.; fr. 9. pr. de tribut. act. 14. 4. „quod in *herede* dicimus idem erit et in *ceteris successoribus*"; fr. 21. §. 2. de pecul. 15. 1.; fr. 10. ad Sc. Vell. 16. 1.; fr. 1. §. 14. depositi 16. 3. „*neque heres neque bonorum possessor neque successor* eius extaret"; fr. 1. §. 19. eod. „haec actio *bonorum possessoribus ceterisque successoribus* et ei cui ex Trebelliano Scto restituta est hereditas, competit"; fr. 63. §. 2. pro socio. 17. 2.; fr. 1. §. 17. 23. de tutelae et rat. dist. 27. 3.; fr. 21. de his quae ut indign. 34. 9. „*heredes* vel eos *qui loco heredis* sunt"; fr. 40. §. 1. ad Sc. Trebell. 36. 1.; fr. 6. §. 1. fr. 1. §. 7. eod.; fr. 5. §. 13. ut in poss. legator. 36. 4.; fr. 20. §. 6.

promiscue gebrauchen konnte, wie wir dies bei Cicero finden. Und umgekehrt zeigt wieder dieser oben (Ziffer 11.) nachgewiesene Ciceronianische Sprachgebrauch, daß zu Cicero's Zeit der Begriff der bonorum possessio bereits ganz derselbe gewesen sein muß, wie er in den eben citirten Stellen von den classischen Juristen dargestellt wird [87]). Man muß hiernach die bonorum pos-

16. de oper. nov. nunc. 39. 1.; fr. 9. §. 8. fr. 19. §. 1. de reb. auct. iud. 42. 5.; fr. 10. §. 25. quae in fraud. cred. 42. 8.; fr. 1. §. 3. quod legat. 43. 3.; fr. 1. §. 8. ne vis fiat ei. 43. 4.; fr. 3. §. 17. de tab. exhib. 43. 5.; fr. 1. §. 44. 48. de vi 43. 16. *„in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores"*; fr. 3. §. 1. eod.; fr. 1. §. 29. 37. de aqua 43. 20. aus dem Edict: *„inter heredes emtores et bonorum possessores interdicam"* [vgl. über die Reihenfolge dieser Worte: Schmidt Interd. S. 149., wobei nur die Frage nahe liegt, warum man das „später nachgetragene": bonorum possessores nicht gleich hinter: heredes einfügen konnte?]; fr. 13. §. 5. quod vi aut cl. 43. 24.; fr. 14. §. 1. de div. temp. pr. 44. 3. *„heredibus* et his qui *successorum loco* habentur; fr. 13. §. 11. de acceptil. 46. 4.; fr. 3. pr. ratam rem. hab. 46. 8. *„heresve* eius aut *is ad quem ea res* qua de agitur *pertinebit;* fr. 22. §. 7. eod. „heredis ceterorumque personae, ad quos ea res pertineret"; fr. 1. §. 18. si is qui test. lib. 47. 4. fr. 7. §. 6. arb. furt. caes. 47. 7.; fr. 2. §. 27. fr. 4. §. 16. vi bon. rapt. 47. 8.; fr. 1. §. 4. de iniur. 47. 10. „si forte cadaveri defuncti fit iniuria, cui *heredes bonorumve possessores* extitimus". fr. 70. §. 1. de V. S. 50. 16. „verba haec: is ad quem ea res pertinet" sic intelliguntur, ut qui *in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit,* contineatur. Gai. III. 78.

87) Gewiß muß man danach in dem weiteren Verlauf der

sessio, wenn man sie verdeutschen will, nicht „Erb-

Ulpian'schen Darstellung fr. 3. h. t., da wo er im §. 1. zu dem Citate aus Labeo übergeht: „Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo ait", das *ve* für die richtige und nothwendige Lesart halten (Mommsen will dies ve streichen), indem darin der für Labeo's wie Ulpian's Zeiten gleich wichtige Satz ausgesprochen ist, daß beide Ausdrücke, von denen der eine zu Cicero's Zeiten, der andere bei den classischen Juristen der überwiegend gebrauchte war, an sich ganz gleich berechtigt seien. Freilich ist nun richtig, daß am Schluß des Satzes in den Worten: etsi nihil corporale est in *hereditate*, attamen recte *eius* bonorum possessionem agnitam Labeo ait, scheinbar der Ausdruck (eius) „*hereditatis bonorum possessio*" herauskommt. Aber hier heißt doch „in hereditate" offenbar: „in der Erbschaft, während im Wort hereditatis possessio: hereditas so viel bedeutet wie Erbrecht. — Für die Lesart hereditatis bonorumve possessio spricht die Parallelstelle fr. 26. §. 11. de cond. ind. 12. 6., in der auch Mommsen die Lesart: „hereditatis vel bonorum possessori", annimmt. Vgl. oben Ziff. 11. A. 32. — Der Lesart: hereditatis bonorumve possessio sind auch die Basiliken günstig, indem sie nicht sagen (XL. 1. l. 3.): *ἡ νομὴ τῆς διακατοχῆς τῆς κληρονομίας δικαίου ἐστὶ νομή*, sondern: *ἡ νομὴ τῆς διακατοχῆς καὶ τῆς κληρονομίας δικαίου ἐστὶ νομή*. d. h. die possessio der *διακατοχή* und der *κληρονομία*. Hiebei ist *διακατοχή* offenbar im Sinn von bona genommen, also so wie es der Scholiast besser ausdrückt: *τῶν ὑπαρχόντων ἡ διακατοχή*. Freilich könnte man nun auch bei dem Scholiasten, nicht: *ἡ κληρονομία καὶ τῶν ὑπαρχόντων ἡ διακατοχή*, sondern: *τῆς κληρονομίας καὶ τῶν ὑπαρχόντων ἡ διακατοχή* erwarten, was er wohl deßhalb nicht geschrieben hat, weil *διακατοχή* schon = bonorum possessio ist, und *διακατοχὴ τῆς κληρονομίας* nicht gebräuchlich war.

schaftsbesitz", sondern „Erbrechtsbesitz" oder „Erbbesitz" (= der Besitz des Erbens) nennen. —

Die Hauptfolgerungen aus diesem Grundprincip der bonorum possessio — welches wir als derselben von jeher innewohnend anzusehen haben, auch wenn der wissenschaftliche Ausbau einzelner darin enthaltener Fragen erst im Lauf der classischen Jurisprudenz erfolgt ist — sind nunmehr zusammenzustellen.

1) Der bonorum possessor tritt als Universalsuccessor in die Verpflichtung zur Schuldenzahlung ein, und zwar im vollen juristischen Sinn, so daß es ganz gleichgültig ist, ob die passiva durch die activa gedeckt werden oder nicht. Dieser Punkt als den besonders charakteristischen heben die Römer gleich bei der Definition des Instituts hervor.

Fr. 119. de V. S. 50. 16. (Pomp.): Hereditatis appellatio sine dubio *continet etiam damnosam hereditatem*; iuris enim nomen est, *sicuti bonorum possessio.*

Fr. 3. pr. h. t. (Ulp.): . . suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam (sive solvendo sunt bona sive non sunt [88]), *sive damnum habent sive lucrum*, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.

... denique etsi nihil corporale est in hereditate [89]), attamen recte eius bonorum possessionem agnitam Labeo ait.

Dies Element, daß die Gläubiger vom bonorum

88) Mommsen ist für Streichung der eingeklammerten Worte.

89) Ebenso bei der hereditas. fr. 40. pr. de her. pet. 5. 3. (Papin.): Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.

possessor [90]) Zahlung der Schulden verlangen können [und zwar auch dann, wenn das spätere sine re-Werden der bonorum possessio in Aussicht steht [91])], hat überhaupt, so wie es für die Einführung des Instituts der pro herede usucapio ein treibendes war [92]), auf die Schaffung und Gestaltung der bonorum possessio einen wesentlich bestimmenden Einfluß gehabt [93]). Dieser Punkt in seiner historischen Bedeut-

90) Wenn der *heres* bonorum possessio erbittet, so gehen die Klagen der Gläubiger gegen ihn schon lediglich aus der ex edicto ertheilten b. p.

91) S. darüber das Genauere unten Ziff. 74.

92) Gai. II. 55.: ut *creditores* haberent, a quo suum consequerentur.

93) Fr. 1. pr. de succ. ed. 38. 9.: ne . . *creditoribus* longior mora fieret . . . . ut maturius possint *creditores* scire, utrum habeant cum quo congrediantur. §. 12. . . ut . . . sciant *creditores*, quid sibi agendum esset. — Wegen zu hohen Betrags der Schulden kann gegen die Erbittung der b. p. möglicher Weise in int. rest. erlangt werden. Fr. 7. §. 5. de minorib. 4. 4. (Ulp.): Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei ut se possit abstinere: nam et hic captus est. *idem et in bonorum possessione* vel alia successione. — Es kann auch absichtlich an einer insolventen Erbschaft b. p. erbeten werden. Ein aus dem Patronatsverhältniß hiegegen gegebenes Schutzmittel erwähnt fr. 6. §. 1. de separat. 42. 6. (Julian.): Si liberta heres instituta *bonorum possessionem secundum tabulas petisset eius qui solvendo non erat*, quaesitum est, an bona eius separari ab hereditariis debent? Respondit, non esse iniquum succurri patrono, ne oneraretur aere alieno, quod liberta petendo bonorum possessionem secundum tabulas contraxerit.

ung bedarf noch der genaueren Entwicklung, die in Ziff. 66. ff. gegeben werden wird.

2) Die bonorum possessio steht als Universalsuccession ganz unter den Regeln der Delation, und ihre prätorische datio unter den Regeln der Erbrechtsacquisition.

Der Gebrauch des Begriffs der Delation für die bonorum possessio ist ein in den Quellen sehr viel vorkommender:

Fr. 1. §. 1. de iur. et facti ign. 22. 6.; nesciat decessisse eum, cuius bonorum possessio *defertur*.

Fr. 1. §. 3. eod.: Item si quis sciat quidem alii *delatam* esse bonorum possessionem.

Fr. 2. §. 9. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.: ei domino *defertur* bonorum possessio ad quem hereditas pertinebit.

Fr. 1. pr. de succ. ed. 38. 9.: his quibus bonorum possessionem *detulit*.

Fr. 1. §. 5. eod.: nequaquam poterit repudiare, quia necdum *delata* est.

Fr. 1. §. 7. eod.: repudiari eam non posse verius est, quia nondum *delata* est.

Fr. 1. §. 11. eod.: *delata* est ei bonorum possessio ex prima parte.

Fr. 2. §. 4. quis ordo 38. 15.: ante ei *deferri* bonorum possessionem sciendum est.

Fr. 5. pr. eod.: filiofamilias bonorum possessio *delata* est . . . . primo die, quo fuerit *delata*, agnovisse eum bonorum possessionem.

Fr. 1. §. 2. ut ex legib. 38. 14.: non alias hinc competat bonorum possessio, quam si lex specialiter *deferat* bonorum possessionem.

Der Begriff der Delation [94]) tritt bei der bonorum possessio gleich in einer die Aufeinanderfolge der Berufung in sich fassenden Weise auf [95]), und in diesem mit dem besonderen Namen des successorium edictum bezeichneten Punkte ist gegenüber dem Civilrecht eine freiere Rechtsentwicklung angebahnt worden.

94) In Gemäßheit der allgemeinen Anwendung der Delationsgrundsätze hält das für die Römer geltende Urbanaledict auch darin ganz am Civilrecht fest, daß es zwischen Römern und Nichtcives oder überhaupt nicht römisch Erbfähigen keine Gemeinschaft der bonorum possessio zuläßt. Fr. 13. h. t. (African.): Edicto praetoris bonorum possessio his denegatur, qui rei capitalis damnati sunt neque in integrum restituti sunt. Rei autem capitalis damnatus intelligitur is, cui poena mors aut aquae et ignis interdictio sit. Cum autem in relegationem quis erit, ad bonorum possessionem admittitur; fr. 9. si tab. test. null. 38. 6. Vgl. auch das unten Ziff. 90. β. über die testamentifactio zu Sagende.

95) Ein Ergebniß von dieser Anerkennung einer bestimmt geregelten Reihenfolge ist noch folgendes. Da der Prätor möglichst allen Interessen gerecht wird, so kann sogar derjenige, dem das Recht noch gar nicht deferirt ist, der aber die Möglichkeit des Eintritts der Delation nach Wegfall eines Vorstehenden hat, unter gewissen Voraussetzungen wegen dieser Möglichkeit bereits Caution verlangen. fr. 8. pr. de stip. praet. 46. 5. (Pap.) Paulus notat: qui sub conditione institutus est, agnita bonorum possessione cogitur sustituto in diem cavere longiorem; *praetor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum*, nec [nicht: et; vgl. Cuiacius ad Paul. rec. put. V. 9.] potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit.

Auch diese Frage wird unten noch einer eingehenderen Darstellung bedürfen.

Andererseits die Acquisition ist in ihrer äußeren Gestaltung allerdings ganz vom Civilrecht geschieden. Bei der bonorum possessio ruht Alles auf der *datio* von Seiten des Prätors. Man kann alle Rechte oder Klagen aus der bonorum possessio nur immer auf die *datio* stützen [96]). Aber diese als datio erscheinende Rechtsacquisition steht im Uebrigen ganz unter den auch für das Civilrecht geltenden Regeln des Erwerbes der Universalsuccession [97]). Und zwar gilt dies für beide hier denkbare Seiten, für die Zeit vor und nach dem Erwerbe.

a) Ehe die bonorum possessio nicht erworben ist, kann, da sie, wie alles Erbrecht, ein höchstpersönliches Recht ist, das „*ius bonorum possessionis*“ nicht auf die Erben herüberfließen.

Fr. 3. §. 7. h. t. (Ulp.): denique si ante decessero quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui *neque heres meus ratum*

96) Gai. IV. 144.: ut quod quisque ex his bonis, *quorum bonorum possessio alicui data est* . . possidet . . . id *ei cui bonorum possessio data est* restituatur. §. 3. I. de Int. 4. 15.

97) Auch die Rechtssätze, die das *capere* der hereditas untersagen, gelten gleichmäßig für die bonorum possessio. fr. 12. §. 1. h. t.: Ubicunque lex vel senatus vel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat. Vgl. die unten Ziffer 94. aus Val. Max. mitzutheilenden Fälle einer wegen persönlicher Unwürdigkeit erfolgten Verweigerung der bonorum possessio.

habere potest, cum ad eum non transeat ius bonorum possessionis.

b) Ist aber die bonorum possessio erworben, so gilt für den Erwerber, auf dem durch die magistratische Machtvollkommenheit gegebenen Boden, ganz der Satz des Civilrechts:

Fr. 59. de reg. iur. (50. 17.) (Ulp.): Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat. Die dadurch festgestellte successio ist eine definitive.

Also: von dem einmal erworbenen Rechte der bonorum possessio ebensogut wie umgekehrt von der Ablehnung und dem Verlust derselben kann man (abgesehen von ganz außerordentlichen [98]) Voraussetzungen) nicht mehr zurücktreten [99]), ebensowenig wie von der erworbenen hereditas. Ferner: wer die bonorum possessio erworben, hat, wenn er zugleich der vom Civilrecht Gerufene ist, mit dem Erwerb der bonorum possessio seinen Willen des civilrechtlichen Erbrechtserwerbes unzweideutig kund gethan [100]). Endlich: hat man die

98) z. B. (aus der nachaugusteischen Zeit) fr. 63. §. 14. ad Sc. Trebell. 36. 1.

99) Fr. 4. pr. quis ordo 38. 15. (Julian.): quando coheres tuus constituerit nolle petere bonorum possessionem . . . coheres tuus amplius petendae bonorum possessionis facultatem non habebit. l. 1. C. de repudianda b. p. 6. 19. (Diocl. & Max.): Emancipatus, repudiata bonorum possessione, absentiae patroni causae velamento rursus ad eandem redire quaestionem frustra conatur. .

100) L. 12. C. de iure del. 6. 30. (Dioclet. & Max.): Puberem agnoscentem bonorum possessionem, postquam ei fuit hereditas delata, *pro herede gerere non ambigitur.*

bonorum possessio erhalten, so ist das erworbene *ius bonorum possessionis* nun auch die nicht mehr zerstörbare juristische Quelle, aus der die einzelnen ihr entfließenden Rechtsmittel z. B. Interdictum quorum bonorum, quod legatorum gerade so auf den Erben des bonorum possessor sich herüber ziehen, wie die Rechtsmittel des erworbenen Civilerbrechts auf den Erben weiter gehen. Dabei ist denn auch gleichgültig, ob das in der Person des bonorum possessor rücksichtlich seiner juristischen Quelle fixirte Interdictum quorum bonorum oder quod legatorum, in Betreff der in der Person des Beklagten nöthigen factischen Erfordernisse des Ergriffenhabens oder Besitzens von Sachen, schon der Person des bonorum possessor oder erst seinem Erben gegenüber thatsächlich veranlaßt wird [1]).

Fr. 1. §. 3. quod legator. 41. 3. (Ulp.): Hoc interdictum et *heredem* heredis *bonorumque possessoris* habere, propter utilitatem [2]) huius dicendum est, nec non ceteros quoque successores.

64. — 3) Gewiß von jeher ist es anerkannt worden, daß, da die bonorum possessio Mehren nebeneinander deferirt werden kann, zwischen diesen Mehren das Accrescenzrecht bestehe.

Fr. 3. §. 9. h. t. (Ulp.): *In bonorum possessione sciendum est ius esse accrescendi:* proinde si

1) Schmidt Interd. (1853.) S. 137. 144.

2) Es soll hiemit keineswegs gesagt sein, daß die Gestattung dieser Klage nicht auf einfacher juristischer Consequenz, sondern lediglich auf einem äußeren Utilitätsgrunde beruhe.

plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt, fr. 4. (Gai.) veluti quod spreverunt ius suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt, aut ante mortui sunt quam petierunt bonorum possessionem, fr. 5. (Ulp.) *ei*, *qui admisit accrescent etiam hae portiones*, quae ceteris competerent, si petiissent bonorum possessionem. fr. 6. (Paul): [Ausnahme in Betreff der c. t. b. p. des Patrons, von welcher später zu sprechen ist] . . cum ceteri *quibus accrescendi ius est, semel debent agnoscere bonorum possessionem* [3]).

Also in der Agnition der bonorum possessio liegt ebenso wie in der civilrechtlichen Erbantretung jenes absolute Element, wonach der Erwerbende überhaupt das ius demortui in sich aufnimmt, gleichviel zunächst, auf welche Quote ihm der Zugang eröffnet ist. Jenes absolute Bereitsein zur Aufnahme des ius demortui wirkt dann aber fort, wenn noch eine weitere Quote apert wird. Also im dare einer partiellen bonorum possessio liegt eventuell das Geben des totum.

Dasselbe gilt auch für den Anfall eines Substitutionstheils zum Institutionstheil:

Fr. 4. pr. quis ordo. 38. 15. (Julian): Si coheredi tuo substitutus fuisses, et bonorum possessionem acceperis, quandoque coheres tuus constituerit nolle petere bonorum possessionem, *tibi data* (nicht: delata) *tota intelligitur*.

4) Endlich ist noch ein Punkt zu erwähnen, von

3) S. noch l. un. C. quando non petentium partes petentibus accrescant 6. 10.; fr. 12. pr. de b. p. c. t. 37. 4.; fr. 1. §. 12. de coniungendis 37. 8.

dem wir ebenfalls nicht zweifeln können, daß er ein Ausfluß des in der bonorum possessio liegenden Rechtes auf die Universalsuccession ist: das Recht der Benutzung der Familien- und Erbbegräbnisse.

Fr. 5. de relig. 11. 7. (Gaius): *Familiaria* sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit; *hereditaria* autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit, fr. 6. (Ulp.), vel quod paterfamilias iure hereditario acquisivit.

Auf beide hat der heres Benutzungsrecht[4]), und dies Recht ist dann auch für die ceteri successores anerkannt worden.

Fr. 6. pr. eod: Sed *in utroque heredibus* quidem *ceterisque successoribus*, qualescunque fuerint, *licet sepeliri et mortuum inferre*, etiamsi ex minima parte heredes *ex testamento vel ab intestato* sint, licet non consentiant alii.

Daß unter den ceteri successores gerade vorzugsweise der ex testamento oder ab intestato eintretende bonorum possessor gemeint ist, sehen wir aus einer anderen Stelle, in welcher von einer weiteren Art von Successor, nämlich dem cui libertatis conservandae causa bona addicta sunt, gesagt wird, daß er nach Analogie des bonorum possessor beurtheilt werde, und deßhalb auch das gleiche Recht auf die etwa vorhandenen sepulcra in Anspruch nehmen könne.

Fr. 4. §. 21. de fideic. libert. 40. 5. (Ulp.): Is autem, cui bona addicta sunt, bonorum possessori assimilari debet, et secundum hoc et *iura sepulcrorum* poterit habere.

4) Es ist ein persönliches Recht, so daß es auch restituta hereditate beim heres verbleibt. fr. 42. §. 1. ad Sc. Trebell. 36. 1.

Jedenfalls zeigt dies, daß diesen ceteri successores das ius sepulcrorum als ein auf dem Wesen der hereditas ruhendes und von da auf sie herübergezogenes zusteht.

Möglich ist, daß dies allen bonorum possessores zugestandene ius sepulcrorum in älterer Zeit noch in besonderem Zusammenhange mit der oben besprochenen Pflicht zur Prästirung der sacra stand. Daß die sacra mit den sepulcra in alter Zeit in näherer Beziehung standen, darauf deuten viele Quellennachrichten [5]). Daß der bonorum possessor zur Prästirung der sacra herangezogen worden ist, kann an sich nicht wohl zweifelhaft sein; und zwar sind nach der oben Ziff. 57. entwickelten Vermuthung die civilrechtlichen Erbklassen auch als bonorum possessores in der 1ten Klasse des Scävola'schen Edicts, die rein prätorischen Erbklassen dagegen allerdings erst als pro herede Usucapienten zu den sacra verbunden gewesen. Man kann sich also den Entwicklungsgang etwa so vorstellen. In der älteren Gestalt der bonorum possessio (bonorum possessio ex testamento und ex lege) stand der bonorum possessor unter der Pflicht der sacra in der ersten Scävola'schen Klasse, als Gegengewicht hatte er dafür aber auch das ius sepulcrorum. Als dann die zu Cicero's Lebzeiten noch recht unentwickelte b. p. sine testamento und sine lege hinzukam, hat man wohl schwerlich bei dem auf ganz civilem Grunde aufgebauten Scävola'schen Edict die Argumentation anzuwenden gewagt, daß auch solche bonorum possessores in der ersten Scävola'schen Klasse zu den sacra heranzuziehen seien, und sich also, da ohnehin die Bedeutung dieser

5) Meine Bon. Poss. I. S. 13. ff.

Sacralpflicht sich immer mehr abschwächte, wohl damit begnügt, sie unter dem Gesichtspunkt der 3ten Klasse stehen zu lassen. Dagegen rücksichtlich des ius sepulcrorum trennte sich ganz die Befugniß von der ihr früher correspondirenden Pflicht; man konnte hier unbedenklich das Argument gelten lassen, daß alle bonorum possessores (also auch die rein prätorischen Erbklassen) loco heredis seien, und ihnen also allen, wie dem heres, das ius sepulcrorum einzuräumen sei, welches Recht dann vom bonorum possessor aus noch weitere analoge Ausdehnung gefunden hat.

65. Nach dieser Erörterung über die einzelnen Hauptpunkte, welche in dem Begriff der der bonorum possessio innewohnenden iuris possessio enthalten sind, kehre ich zu der in unseren Quellen so sehr betonten Unterscheidung von der Stellung der bonorum possessores zum Civilrecht zurück (vgl. oben Ziffer 62.)

Die §§. 1. u. 2. I. de b. p. stellen einander gegenüber: einerseits diejenigen Klassen (die, welche recte facto testamento heredes instituti sunt, und ab intestato die sui und agnati), denen remota quoque bonorum possessione die hereditas iure civili zugehört, und andererseits diejenigen, quos praetor solus vocat ad hereditatem.

Der Unterschied, daß die als iuris possessio zugetheilte bonorum possessio auf heredes und auf non heredes treffen kann, ist nun aber gar nicht bloß so, wie es in der Institutionenstelle angeführt wird, zu verstehen. Zunächst sind allerdings unter den heredes einfach die civilrechtlichen confirmandi iuris civilis gratia in die bonorum possessio aufgenommenen, unter den non heredes die rein prätorischen

Klassen, also zu Cicero's Zeit: die sine testamento und sine lege aufgestellten Anfänge der Cognaten- und vielleicht auch Ehegatten-Klasse gemeint. Aber jener Unterschied zieht sich ebenso auch in den Kreis der confirmandi iuris civilis gratia proponirten Klassen hinein. Wenn ein testamentarischer heres vorhanden ist, aber keine bonorum possessio agnoscirt (z. B. weil er keine mit der legitimen Siegelzahl versehene tabulae proferiren kann), und wenn nun der legitimus die bonorum possessio erhalten hat, so ist Jener der heres und dieser der non heres, und der non heres hat die bonorum possessio bekommen.

Wir gelangen hiemit auf den bekannten Gegensatz der *b. p. cum re* und *sine re*. Es läßt sich mit voller Sicherheit nachweisen, daß dieser Begriffsgegensatz schon zu Cicero's Zeit ein Bestandtheil des Instituts der bonorum possessio war. Und weiter, da er aus Elementen resultirt, die sich als zweifellose Urelemente des Instituts herausgestellt haben, so ist auch dieser Begriffsgegensatz für einen Urbestandtheil unseres Instituts zu erklären.

Cicero in den Verrinen erzählt uns diesen Gegensatz in der unzweideutigsten Weise. Es war in dem Minucischen Fall kein Testament hinterlassen, oder das vorhandene war nichtig, oder wenigstens nicht ein gegenwärtiges und dem Prätor mit der legitimen Siegelzahl producirbares (eius testamentum erat nullum). Danach war nach der zunächst hervortretenden Sachlage die Minucische gens die Erbin (lege *hereditas* ad gentem Minuciam veniebat). Und wäre es nach dem tralaticischen Rechte gegangen, so hätte auch die Minucische gens die bonorum possessio erhalten.

si habuisset iste edictum, quod ante istum

et postea omnes habuerunt, *possessio Minuciae genti esset data.*

War nun in der That gar kein Testament vorhanden, so liegt hierin, daß damit der *heres* die bonorum possessio bekommen haben würde, und dann, gerade weil die gens der heres war, auch *rem haberet*[6]). Hier also wäre die bonorum possessio eine

6) Der Ausdruck *rem obtinere* oder *habere* bezeichnet an sich das factische Resultat, daß der Besitzer sich in einer Lage befindet, wonach er das Erbvermögen behält. Cicero de offic. III. §. 73.: L. Minucii Basili locupletis hominis falsum testamentum . . . attulerunt; quod quo facilius obtinerent, scripserunt heredes secum M. Crassum et Q. Hortensium . . . qui . . non repudiaverunt. 74. Sed, cum Basilus M. Sutrium sororis filium nomen suum ferre voluisset eumque fecisset heredem . . . . num erat aequum principes cives *rem habere?* Bei dieser zunächst auf b. p. gar nicht bezüglichen Ausdrucksweise lag es nahe, sie für die b. p. in technischem Sinne zu adoptiren. — Vgl. Gai. II. 148. 149.: si modo possunt *hereditatem optinere*, habebunt bonorum possessionem cum re . . . si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi *retinere* possunt hereditatem. Ulp. XXIII. 6.: quam bonorum possessionem cum re id est *cum effectu* habent, si nemo alius iure heres sit. XXVIII. 13. cum re, cum is qui accepit *cum effectu bona retineat.* — Ueber die Verwendung des Wortes res s. noch fr. 3. pr. h. t.: successio qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius *rei* commodum et incommodum. §. 2. ius persequendi retinendique patrimonii sive *rei* quae cuiusque cum moritur fuit. Meine Bon. Poss. I. S. 239. A. 2. Vgl. auch die ähnlichen Ausdrücke in fr. 5. pr. de b. p. sec. tab. 37. 11.: „ut *res* possessori concedenda sit; ferner fr. 1. §. 8. si tab. test. null. 38. 6.: ab in-

cum re, ebensogut wie wenn vor der gens Minucia ein Anderer zunächst aus einem gültigen Testamente berufen gewesen, aber ohne anzutreten weggefallen wäre. — Andererseits, wenn ein Testament existirte, und Jemand demgemäß (sei es mit Recht oder Unrecht) testamento se heredem esse arbitraretur, so war nun eben die Einrichtung der bonorum possessio die, daß es diesem (wirklichen oder wenigstens vermeintlichen) testamentarischen Erben, trotz der schon an die gens Minucia ertheilten bonorum possessio noch immer offen stand, die hereditatis petitio gegen den bonorum possessor anzustellen. Wurde dabei der Kläger abgewiesen, so war es, als hätte gar kein Testament bestanden, die bonorum possessio war also wiederum cum re. Zeigte sich aber in diesem Proceß der Kläger als der wirkliche testamentarische Erbe, so mußte die gens Minucia als non heres ihm die Erbschaft restituiren. Das ist der Begriff der b. p. sine re [7]). Cicero hebt es noch besonders hervor, daß

testato *rem habituros* eos, qui bonorum possessionem acceperunt. fr. 8. eod.: nec in edicti sententiam incidet, quoniam bonorum possessionem sec. tab. non agnovit, *cum inde rem habere non potuerit.*" fr. 12. pr. de iniust. rupt. 28. 3. „*remque obtinebit.*" „*rem* ab intestato *auferre* possit."

7) Gai III. 36.: nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod iure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, *possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad* eos hereditas (bonorum posssessio vgl. Huschke ad h. l.) pertinet, *cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.* Ulpian. XXVIII. 13.

diese Eventualitäten von jeher Bestandtheile des Instituts der bonorum possessio gewesen seien:

Hoc, opinor, *iure* et *maiores nostri* et nos *semper usi* sumus.

Hiemit ist also dargethan, daß der Gegensatz der b. p. cum und sine re von jeher in der bonorum possessio gelegen hat, und daß die bonorum possessio von jeher die magistratische Zutheilung der iuris possessio unter der doppelten Eventualität der Zutheilung an einen heres oder an einen non heres gewesen ist [8]).

66. — B. Es erhebt sich, nachdem der Beweis geliefert ist, daß der Prätor in dieser Gestalt seine ursprüngliche bonorum possessio geschaffen hat, die Frage, ob es sich noch genauer constatiren läßt, welche Gründe und das Erstreben welcher Zwecke die Triebfedern dieser Rechtsschöpfung gewesen sind?

Directe Quellenaussprüche haben wir in dieser Hinsicht nicht. Was sich also überhaupt als Antwort auf

8) Aus dem, was wir aus Cicero über die Stellung des scriptus *heres* zum legitimus bonorum possessor erfahren, geht mit Nothwendigkeit hervor, daß ebenso auch zu Cicero's Zeit die Stellung eines legitimus *heres*, der die b. p. nicht erbeten hatte, gegenüber Einem, dem sine testamento und sine lege die b. p. gegeben war, sich verhalten haben muß. Vgl. Gai. III. 37.: et illud convenienter, si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et hic adierit hereditatem sed (bonorum possessionem) petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem; s. auch oben Ziff. 19. a. E.

die Frage aufstellen läßt, ist nur auf dem Wege historischer Combination zu gewinnen, und wird immer nur als mehr oder minder wahrscheinliche Vermuthung bezeichnet werden können. Das aber darf nicht hindern, überhaupt in dieser Hinsicht eine Antwort zu suchen [9]).

Das Charakteristische des ius, quo (wie Cicero sagt) maiores nostri et nos semper usi sumus ist Folgendes. Nach Civilrecht wird der testamentarische und der Intestaterbe so hinter einander gestellt, daß, so lange die Delation an den Ersteren dauert, mag derselbe noch so lange mit der Antretung zögern, der Letztere für die Erledigung der Erbangelegenheit gar nicht in Betracht kommt. Nach der prätorischen Einrichtung ist dies anders. Auch wenn ein testamentarischer Erbe vorhanden ist, der aber sich beim Prätor nicht gemeldet und tabulas proferirt hat, so geht die Delation weiter. Dem Civilintestaterben wird die bonorum possessio gegeben, aber es steht dem testamentarischen Erben (qui testamento se heredem esse arbitratur) frei, gegen diesen bonorum possessor, der sich einstweilen theils in Folge unmittelbarer

9) Das Wichtigste rücksichtlich der Ursprungsfrage der bon. poss. ist allerdings die Forschung nach dem „ältesten Bestandtheile" des Instituts (vgl. oben Ziffer 9. bei A. 24.). Dieser Punkt ist meiner Meinung nach mit Hülfe der Ciceronischen Stellen zum sicheren Abschluß zu bringen. Die weitere Frage nach der Finalcausa der Einführung dieses ältesten Stammes des Instituts steht erst in zweiter Linie. Es läßt sich, obgleich die Quellen nicht ausreichen, bei dieser Frage mit Sicherheit doch wenigstens der Rayon begränzen, in dem die den alten Kern der bon. poss. hervorbringenden Motive gelegen haben müssen.

Besitzergreifung, theils mittelst der ihm vom Prätor gewährten Rechtsmittel in die volle Ausübung des Erbrechts gesetzt haben kann, lege oder per sponsionem die hereditatis petitio anzustellen. Siegt Kläger mit dieser Klage, d. h. erweist er sich in der That als der *heres*, so wird nun die Rechtsstellung, die der Prätor einstweilen dem ab intestato Nächststehenden *loco heredis* (d. h. unter der Annahme, als wäre er wirklich der *heres* ab intestato) gegeben hatte, rückgängig gemacht.

Dies sind die Sätze, die wir nach der Ciceronischen Erzählung des Minucischen Falles als sicher betrachten können. Es fragt sich, zu welchen in ihrem vollen Verständniß nothwendig gegebenen Consequenzen sie uns führen?

Der Prätor beruft zu sich einerseits den heres, und das Beneficium der ertheilten bonorum possessio hat (um ihn anzulocken) auch für diesen im Interdict „aliquam utilitatem". Aber die bonorum possessio soll eben nicht bloß ein derartiges Beneficium für den heres sein; sie kann, wenn der heres einstweilen nicht erscheint, auch zur Constituirung eines Repräsentanten des *heres* (loco heredis, velut heres, vice heredis) führen, und es hängt dann vom Auftreten und Sieg des heres in der hereditatis petitio ab, ob die dem non heres gegebene Rechtsstellung rückgängig gemacht wird oder nicht.

Hierin liegt: Der Prätor nimmt die Regulirung der Erbfolge in der Art in die Hand, daß er, ohne an sich das Recht des heres zu beeinträchtigen, doch auch sich nicht lediglich daran gebunden hält, sondern die iuris (heredis) possessio zu einem Gegenstande magistratischer Verleihung, auch unter offenem Zugeständniß

der Möglichkeit, daß dadurch die possessio an einen non heres kommen kann, macht. Und zwar ist diese Einrichtung der Art, daß sie auch bei dem verschiedensten materiellen Erbrecht, wofern nur überhaupt die beiden Begriffe des Testaments und des Intestaterbrechts bestehen, zur Anwendung gebracht werden kann, und demgemäß denn auch alsbald von den Römern in den Provinzen zur Anwendung gebracht worden ist. Wohl sehr bald ist danach ziemlich durch das ganze römische Reich diese magistratische Einrichtung zur Geltung gekommen, daß zunächst der testamentarische Erbe (wie auch im Particularrecht die Form des Testaments sein mogte) zum Erbbesitz berufen wurde; meldete sich aber dieser nicht, der Intestaterbe (wiederum mit Anerkennung der particulären Intestaterbfolge) den Erbbesitz erhalten konnte, wobei die Rückgängigmachung desselben durch Erbproceß dem testamentarischen Erben offen gehalten wurde.

Welche Zwecke und Triebfedern können nun wohl überhaupt der Aufstellung eines solchen Instituts zum Grunde liegen? Es kommen beim Erbfall, und speciell beim römischen Erbfall, verschiedene Interessen und verschiedene Träger dieser Interessen in Betracht. Ein solches Institut, wie die eben geschilderte Einrichtung, ist geeignet, diesen verschiedenen Interessenten Nutzen zu bringen und also auch von ihnen in diesem Sinne verwendet zu werden. Man muß deßhalb sich hüten, bei der Aufsuchung der Triebfedern des Instituts sich einseitig lediglich auf Einen Standpunkt zu stellen. Man würde damit schwerlich die Wahrheit treffen.

Die verschiedenen Interessen sind folgende:

1) Der berufene Erbe selbst hat das Interesse, sobald er sich überhaupt für Annahme des Erbrechts er-

klärt hat, nun auch in möglichst einfacher Weise die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände in seiner Hand zusammenzubringen. Magistratische Hülfe wird ihm hiebei erwünscht sein, so daß er sich zur Gewinnung derselben auch andererseits Unbequemlichkeiten, die ihm der Magistrat vielleicht aus anderen Rücksichten auflegt, unterzieht. Insbesondere ist für das römische Rechtswesen die oben geschilderte pro herede usucapio ein dem berufenen Erben sehr gefährliches Institut, und es war dringend zu wünschen, daß diesem Proherede-Usucapienten gegenüber die Erbschaft nicht länger ohne ihren legitimen Herrn sei. Wenn nun also der Magistrat seine Hülfe im Interdictum quorum bonorum so einrichtete, daß dies dem berufenen Erben gegen den Proherede-Usucapienten Vortheile gewährte, so wog dies gegenüber der Unbequemlichkeit, zum Prätor zwecks Erbittung der bonorum possessio gehen zu müssen, sicher weit schwerer, und die sich bald herstellende Sitte, daß bei den Römern jeder berufene heres sich regelmäßig auch bonorum possessio erbat, ist sehr erklärlich.

2) Die auf die Antretung des Erben gebauten Ansprüche der Gläubiger und Legatare, und speciell für die römischen Zustände der Pontificalanspruch auf Leistung der *sacra*, quorum (in älteren Zeiten) summa observatio fuit. Die Personen, welche diese Ansprüche erheben, wünschen die Antretung und zwar eine möglichst rasche. Jede Rechtseinrichtung, wodurch der Berufene mittelst Drohung von Nachtheilen zu baldiger Antretung sich gedrängt sieht, wird diesen Personen erwünscht sein.

3) Die nachstehende Erbklasse[10]) hat umge-

10) Vgl. auch fr. 1. §. 17. de ventre in poss. 37. 9.: opor-

kehrt das Interesse, daß es sich möglichst bald entscheide, ob der Vorstehende die Erbschaft ausschlage. Fällt der testamentarische Erbe hinweg, so wird der nächste Intestaterbe schon nach Civilrecht gerufen; er wird also regelmäßig die Ausschlagung wünschen, um an die Stelle des testamentarischen Erben zu treten.

4) Alle diese drei Gesichtspunkte lassen sich mit einem Quellenausdruck so zusammenfassen: es ist von Interesse: *ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent* [11]). Es ist dies von Interesse sowohl dem Proherede-Usucapienten gegenüber, wie es im Interesse der Creditoren und Pontifen, wie endlich des nachstehenden Erbprätendenten ist.

Ein vierter Gesichtspunkt ist von diesen drei Momenten wesentlich verschieden. Das ältere Civilrecht enthält nur einen sehr engen Kreis von zur Erbschaft zu Berufenden [12]). Vom testamentarischen Erben giebt es eine successio auf den nächsten Intestaterben, aber innerhalb der legitimen Klassen giebt es keine successive Berufung (Gai. III. 12. 22.). Es sind also der Fälle viele zu denken, wo entweder gar keine Erbklasse vorhanden war, oder wegen des Vorhandengewesenseins eines Näheren die Späterstehenden nicht in Betracht kamen, wo also die Güter erblos wurden (vgl. das oben Ziffer 59. über die letzte Klasse des Pontifenedicts Gesagte). Hier handelt es sich nicht darum: ne bona vacua *diutius* iacerent d. h. daß man Einrichtungen träfe,

tet *creditores* curare vel si quis *alius* est, *qui* non edito partu *successionem speret*. §. 18.: si *creditores* instant, vel *qui sperat se successurum.*

11) Fr. 1. pr. de succ. edict. 38. 9.

12) Gai. III. 18.: quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere.

den vorhandenen Erben zur Antretung bez. Ausschlagung zu bringen, sondern hier kommt es als wünschenswerth in Betracht, daß nicht überhaupt bona vacua fierent, oder mit einem anderen Quellenausdruck zu reden: *ne quis sine successore moriatur*. In dieser Hinsicht war es nächstliegender Weise der Prätor, der an eine Erweiterung des zu stricten und vielfach zu Erblosigkeiten führenden Rechts durch Einführung neuer Klassen denken konnte.

Wir haben nun über den Entstehungsgrund der ganzen bonorum possessio keine directe Quellennachricht; aber wir haben doch über die Motive, die zu einzelnen Punkten der bonorum possessio geführt haben, sichere Aeußerungen unserer Quellen, und es wird erlaubt sein, diese zur Herstellung eines Wahrscheinlichkeitsbeweises, welches wohl die Motive der Schaffung des ganzen Instituts gewesen sein mögten, mit den anderen von uns ermittelten Daten zu combiniren.

Die eine Quellennachricht ist die des Gaius, der, wenn auch an dieser Stelle nicht ganz leserlich, doch nach übereinstimmender Ansicht Aller hier unbedenklich aus den Institutionen restituirt werden darf.

Gaius erörtert in den §§. III. 25–31., wie die iuris iniquitates der legitimen Klassen in dem ordo unde liberi und im tertius, proximitatis nomine aufgestellten, gradus emendirt worden seien. Daran knüpft er die allgemeine Bemerkung, daß die vom Prätor Gerufenen nur loco heredum seien. Hierauf fährt er §. 33. so fort:

A(dhu)c a(u)t(em) alios (etiam con)plures grad(us praetor facit in bonorum possessione

danda), *d(um i)d ag(it) n(e quis sine successore moriatur)* [13]).

Also hier spricht Gaius das vierte jener vorher angegebenen Motive bestimmt rücksichtlich der zuletzt besprochenen b. p. unde cognati und der alii complures gradus aus.

Nun haben wir aus der Erörterung der Ciceronischen Stellen gesehen, daß diese b. p. unde cognati und die ihr gleichstehenden (nach Cicero: die b. p. sine testamento und sine lege) zu Cicero's Zeit noch sehr unentwickelt und also später waren, als das eigentliche „edictum de hereditate" oder „caput de hereditatum possessionibus" d. h. das edictum confirmandi iuris civilis gratia propositum. Negativ enthält mithin die Gaiische Stelle allerdings einen Quellenbeweis über die Entstehung der bonorum possessio: das Motiv ne quis sine successore moriatur bezieht sich auf die späteren Stücke der bonorum possessio, nämlich unde cognati und das dem gleich Stehende. Von dem aus Cicero nachgewiesenen ursprünglichen Kern der bonorum possessio wird uns dies Motiv nicht bezeugt. —

Die zweite Quellennachricht ist Ulpian's Aeußerung über das Motiv des successorium edictum.

Fr. 1. pr. de succ. ed. 38. 9.: successorium edictum idcirco propositum est, *ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent* et creditoribus

13) §. 2. I. de b. p.: Adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, *dum id agebat ne quis sine successore moriatur.*

longior mora fieret[14]). Es liegt mir völlig fern zu behaupten (und das habe ich auch nie gethan), daß in dieser Stelle Ulpian direct sage, das edictum successorium sei der ursprüngliche Bestandtheil der bonorum possessio und also die ganze bonorum possessio sei aus dem angegebenen Motiv eingeführt. Ulpian spricht an sich nur das Motiv der Einführung des successorium edictum aus[15]), indem er dabei unter

14) Ebenso nachher fr. 1. §. 12. eod.: *neque bona diu iacerent.* Sane nonnunquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in iure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut si repudiare se dicant *sciant creditores* quid sibi agendum esset.

15) Welches er dann in dem weiteren Verlauf, nicht vom historischen Standpunkt aus, sondern mit Einfügung auch der Rechtszustände seiner Gegenwart weiter ausführt: E re igitur praetor putavit, praestituere tempus his quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto. — Vgl. auch fr. 1. de b. p. furioso 37. 3. (Pap.): nonne iustius atque utilius erit, ad eundem modum proximo cuique successionem dari, *ne bona iaceant?* §. 8. I. de b. p.: Cum igitur plures species successionum praetor introduxisset easque per ordinem disposuisset . . . . *ne actiones creditorum differentur sed haberent quos convenirent*, cet. Gai. III. 78. mortuorum *bona veneunt* velut eorum quibus certum est neque heredes *neque bonorum possessores* neque ullum alium iustum successorem existere. — Weitere Rücksichtnahme auf das Interesse der Creditoren von Seiten des Prätors: fr. 23. de her. inst. 28. 5.; fr. 10. de iure delib. 28. 8.

den verschiedenen oben zusammengestellten Interessen das der Creditoren noch besonders hervorhebt. Aber dieser Ulpian'schen Aeußerung werden wir mit Hülfe weiterer historischer Combinationen doch rücksichtlich der Frage vom Ursprung der bonorum possessio ein Gewicht einräumen müssen.

Es ist oben nachgewiesen worden, daß in dem Edict, welches Cicero rücksichtlich der confirmatorischen Edictsklassen mittheilt, eine wichtige Aenderung rücksichtlich der Handhabung der Erbklassen gegenüber dem Civilrecht liegt. Nach dem Civilrecht kann, so lange der testamentarische heres berufen und ohne anzutreten noch vorhanden ist, der legitimus nicht zur Erbfolge gelangen [16]). Nach dem prätorischen Edict wird, auch wenn man weiß, ein testamentarischer heres sei da, wenn er aber die secundum tabulas bonorum possessio nicht agnoscirt, der legitimus zur prätorischen Erbfolge loco heredis zugelassen. Also das Edict ruft zuerst den scriptus heres, sodann aber, wenn nicht auf Grund gehörig proferirter Tabulä secundum tabulas bonorum possessio erbeten wird, auch beim Vorhandensein des scrip-

16) Angenommen das Civilrecht habe von jeher im Fall des Weggefallenseins des berufenen scriptus heres den Intestaterben gerufen (s. oben Ziff. 25. A. 4.), so traf in solchem Fall die prätorische Vorschrift über Prolation des Testaments mit dem Resultate des Civilrechts zusammen. War der scriptus heres ohne anzutreten weggefallen und die hereditas ab intestato, ebenso wie wenn gar kein Testament vorhanden gewesen wäre, deferirt, so konnte natürlich auch kein Testament proferirt werden, und die in Folge solcher Nichtprolation ertheilte bon. possessio ab intestato war eine dem *heres* gegebene.

tus heres den legitimus, und veranlaßt dadurch für den der testamento se heredem esse arbitratur, der aber b. p. sec. tab. nicht erbitten konnte oder wollte, die Möglichkeit, die bonorum possessio zur sine re zu machen. Das Civilrecht kennt mithin beim Vorhandensein des ex testamento Berufenen keine successio auf den ersten Intestaterben[17], das prätorische Edict hat diese *successio* eingeführt. Und zwar ist es sicher, daß diese successio schon in dem Edict der Ciceronischen Zeit (si tabulae proferentur und si tabulae non proferentur), also nach Cicero's Zeugniß im Institute der bonorum possessio seit dessen Ursprung enthalten ist.

Damit haben wir aber den Kern des successorium edictum als Urbestandtheil der bonorum possessio gerechtfertigt. Wenn der Nächstberechtigte vor dem Prätor nicht erscheint, so giebt der Prätor den Erbbesitz weiter an den Folgenden, denn dieser steht doch immer nach Aequität (worauf ja überhaupt die bonorum possessio gebaut ist) näher zur Erbschaft, als jeder beliebige Proherede-Usucapient. Und mit der Constituirung dieses Nächstfolgenden zum Besitzer ist der große Vortheil erreicht, daß man nun einen *loco heredis* Constituirten vor sich hat, an den trotz der Zögerung des Nächstberechtigten die Creditoren und Priester[18] sich sogleich halten können, ohne daß damit

17) Vgl. meine Bon. Poss. S. 108. 109.

18) Ulpian erwähnt, weil zu seiner Zeit die Präſtirung der sacra ihre alte Bedeutung ganz verloren hatte (was schon die erzählenden Worte des Gaius: quorum *illis* temporibus summa observatio fuit zeigen), nicht mehr die Pontifices, sondern nur noch die Creditoren.

übrigens das Recht des Nächstberufenen aufgehoben würde, dem es vielmehr immer noch frei steht, die bonorum possessio des Nachstehenden zur sine re zu machen [19]).

Man kann also so sagen: In dem Begriff des successorium edictum ist keineswegs die ganze ursprüngliche Gestalt der bonorum possessio ausgedrückt, aber wenn man sich diese ursprüngliche Gestalt zunächst aus dem Ciceronischen Edict reproducirt hat, so ist, wenn man nun weiter nach den Einführungsmotiven der bonorum possessio fragt, die dabei ins Auge zu fassende Stellung des neuen Instituts dem Civilrecht gegenüber mit dem Begriff des successorium edictum angegeben. Danach ist also die Angabe Ulpian's, das successorium edictum sei eingeführt ne bona hereditaria vacua sine domino *diutius* iacerent, mittelbar ein Hinweis auf die Einführungsmotive der bonorum possessio [20]).

19) Ein merkwürdiges Mißverständniß von Hingst ist es (wohl zum Theil aus seiner, des Holländers, nicht völligen Gewandtheit in der deutschen Sprache hervorgegangen), daß er l. c. p. 34. 35. diese meine Ansicht, der Prätor habe um der Creditoren und Priester willen einen „Repräsentanten" des heres geschaffen (womit ich einen deutschen dem römischen *loco heredis* entsprechenden Ausdruck gebrauche)., bis der säumige oder zur b. p. nicht qualificirte heres die b. p. zur sine re mache — so darstellt, als wenn ich behauptete, der bonorum possessor sei ein *„procurator"* gewesen, der wie ein Beauftragter des heres über die Erbschaft verfügte.

20) Ebenso ist dann auch die Bedeutung der b. p. in den Provinzen gewesen. Man wollte es unter magistratische Direction gestellt sehen, daß zunächst der nach

67. Nach dem von Cicero aufbewahrten ursprünglichen Edict muß hiernach angenommen werden, daß bereits von Anfang an die successio auch vom vorhandenen testamentarischen auf den nächsten Intestaterben Bestandtheil des Instituts der bonorum possessio gewesen ist [21]). Als dann die ebenfalls schon aus Cicero nachweisbare b. p. sine testamento

Provinzialrecht testamentarisch Berechtigte und, wenn dieser sich nicht meldete, der nach Provinzialrecht nächste Intestaterbe in den Erbbesitz gesetzt und ihm ein einfaches Klagenmaterial in die Hand gegeben werde, um die einzelnen Erbschaftsgegenstände in seine Macht zu bringen (die besondere Gefahr der pro herede usucapio bestand hier nicht), und andererseits auch von den Gläubigern alsbald in Anspruch genommen werden zu können. Auch in den Provinzen hat gewiß die Einrichtung der b. p. sine re gegolten.

21) Es ist insoweit im Ciceronischen Edict ganz wie in der späteren Zeit: si tabulae *non proferentur*, so kommt es zur b. p. ab intestato. Vgl. fr. 1. §. 1. quis ordo 38. 15.: sive tabulae testamenti non extent sive extent, *si secundum eas* (vel contra eas) *bonorum possessionem nemo accepit*, intestati datur b. p. Ulp. XXVIII. 11.: si non petierint bonorum possessionem, sequens gradus admittitur, *perinde atque si superiores non essent*. fr. 2. pr. de bon. libert. 38. 2.: *ex illa parte edicti*, qua primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere, sequentibus datur, *atque si priores ex eo numero non essent*. fr. 1. §. 10. de succ. ed. 38. 9.: ceteris bonorum possessio perinde competit, *ac si prior ex eo numero non fuerit*. Ist es sicher, daß keine dem Edict genügende tabulae existiren, so kann sogleich b. p. ab int. erbeten werden, fr. 3. si tab. test. null. 38. 6.: bonorum possessio potest peti ab intestato, *si certum sit tabulas non extare* septem testium signis signatus.

und sine lege hinzugefügt worden ist, kann man sich, obgleich Quellennachrichten darüber nicht vorhanden sind, die Sache doch wohl kaum anders als folgendermaßen vorstellen.

Das Edict sagt: a) si tabulae proferentur, so werde ich *potissimum* (zunächst) secundum tabulas den Erbbesitz zutheilen. b) Wenn tabulae nicht proferirt werden, so werde ich dem ab intestato Nächststehenden die possessio geben [22]). c) Nun aber liegt doch ferner in der negativen Fassung, in welcher Cicero von der b. p. sine testamento und sine lege data spricht, daß hier erst einmal vorausgesetzt wird, aus einem Testament und nach legitimem Rechte könne sich zunächst (potissimum) Jemand melden. Das Edict muß also in irgend welcher Art auch bestimmt haben: in Ermangelung von sich meldenden testamentarischen und legitimen Erben werde noch weiter der Erbbesitz nach Aequität zugetheilt werden. In allem diesem liegt eine Reihefolge. Zunächst wird der scriptus gerufen; werden keine tabulae proferirt, wozu doch nothwendig irgendwelche Zeit offengestanden haben muß [23]),

22) Vgl. Gai. III. 36.: nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, *sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit,* contentus eo quod iure civili heres sit, (natürlich aber auch in dem Fall: wenn der scriptus heres die Frist der b. p. sec. tab. hat verstreichen lassen, und ohne Vornahme der hereditatis aditio noch vorhanden ist), *nihilominus ii, qui nullo facto testamento* (oder was dem gleichsteht: wenn das vorhandene Testament weggefallen ist) *ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem.*

23) Auf die Beobachtung irgend einer Zeitdauer, nach

so wird der erststehende legitimus gerufen; und endlich das Stück der bonorum possessio, welches positiv als b. p. unde cognati und unde vir et uxor bezeichnet wird, muß in irgend welcher Weise als hinter den confirmatorischen Klassen (*sine* testamento und *sine* lege) zur bonorum possessio berechtigt bezeichnet worden sein.

So viel läßt sich aus der Ciceronischen Zeit sicher constatiren, mehr nicht. Demnach können wir im Uebrigen annehmen, daß bestimmte Fristen für die einzelnen Klassen zur Erbittung der bonorum possessio, so wie sie das spätere Recht bietet, noch nicht bestanden haben, daß also in dieser Hinsicht ursprünglich Alles dem prätorischen arbitrium anheimgestellt gewesen ist. Wahrscheinlich ist dann aber nach römischem Sinn und Wesen dabei doch nicht, daß sich nicht für dies arbitrium durch die Praxis gewisse traditionelle Regeln sollten gebildet haben, die im Grunde schon den Stoff in sich enthielten, welcher nachher genau formulirt sich im Edicte

deren Ablauf man sagen konnte: es sei kein Testament proferirt, es könne also b. p. unde legitimi agnoscirt werden, und den testamentarischen Erben bleibe nunmehr nur noch der Weg der her. pet. übrig — weisen auch die Worte Cicero's in Verr. l. c. §. 115. „quod *tum* non extaret. Meine Bon. Poss. I. S. 124. Vgl. auch fr. 1. pr. unde legit. 38. 7.: haec verba edicti „*tum* quem ei heredem esse oporteret si intestatus mortuus esset" *παρατικῶς* et *cum quodam temporis spatio accipiuntur*, non ad mortis tempus referentur sed ad *id quo b. p. peteretur*. — *Incerti* de differ. vocum (Putsch Gramm. lat. auct. p. 2207.): Inter *tum* et *tunc* hoc interest, quod „tum" *ordinis habet significationem:* „tunc" temporis significationem.

aufgezeichnet findet. Und in dieser Hinsicht ist doch wohl ein sehr beachtenswerthes Moment der Zusammenhang zwischen den Fristen der bonorum possessio und der cretio, auf den ich in meinem Werk über die Bon. Poss. S. 64. aufmerksam gemacht habe.

Die Frist der späteren Zeit, in der die bonorum possessio zugesagt ist, beträgt regelmäßig **100** Tage utile tempus [24]). Aus besonderer Begünstigung ist ausnahmsweise den parentes et liberi die Frist eines Jahres zugestanden [25]). Aber es ist dies nicht einmal

24) Fr. 1. §. 8. de succ. ed. 38. 9.: si *intra centesimum diem* mortuus sit prior, statim sequens admitti potest. §. 9.: Quod *dicimus „intra dies centum bonorum possessionem peti posse"*, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit, quemadmodum intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sint. Idem est, et si „in diebus centum" dicatur. Vgl. fr. 3. unde legit. 38. 7.; fr. 1. §. 8. u. 9. de succ. ed.; fr. 1. §. 13. eod.; fr. 2. §. 4. quis ordo 38. 15.; fr. 5. pr. eod.; l. 2. C. qui admitti ad b. p. 6. 9.

25) Fr. 1. §. 12. de succ. ed.: Largius tempus *parentibus liberisque* petendae bonorum possessionis tribuitur, *in honorem sanguinis* videlicet, quia arctandi non erant, qui paene ad propria bona veniunt; ideoque placuit eis praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionis petitionem neque bona diu iacerent. Fr. 1. §. 16. eod. Ulp. XXVIII. 10. Fr. 1. §. 14. eod.: *persona* enim ea est *quae meruit hoc beneficium*, quae petat. Fr. 6. §. 1. ad Sc. Tertull. 38. 17.: cum et ipsa filii bonorum possessio *annalis* est. L. 4. C. qui admitti ad b. p. 6. 9. [In fr. 1. §. 14. cit. schlägt Mommsen vor: persona enim quae meruit hoc beneficium ea est.]

eine absolute Ausnahme, indem schon vor Ablauf des Jahres durch interrogatio in iure der auf frühere Antretung interessirten Gläubiger eine Abkürzung der Zeit der Ungewißheit herbeigeführt werden kann [26]). Ueberhaupt ist dies eine Ausnahme, die der ältesten Gestalt der bonorum possessio schwerlich zugewiesen werden darf, indem damals für eine besondere juristische Stellung der Begriff der parentes et liberi noch gar nicht hervorgetreten ist. Es bleibt also nur die Frist von **100** Tagen. Da nun die älteste dem prätorischen Edict eigenthümliche successio nur die vom vorhandenen mit der Antretung zögernden testamentarischen Erben auf den ersten Intestaterben ist, so trifft ihr anfängliches Anwendungsgebiet mit dem der civilrechtlichen Cretionsfrist vollkommen zusammen. Die reguläre Cretionsfrist enthält auch ganz ebenso eine Berechnung von utile tempus [27]), wie nachher die Frist der b. p. [28]). Danach liegt folgende Combination doch wohl sehr nahe:

26) Fr. 1. §. 12. de succ. ed.: Sane nonnunquam *urgentibus creditoribus* interrogandi sunt in iure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut, si repudiare se dicant, sciant creditores quid sibi agendum sit; si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt.

27) Gai. II. 165. 170.: vulgaris illa, quam supra exposuimus i. e. in qua adiiciuntur haec verba: *„quibus sciet poteritque.“*

28) Fr. 2. pr. quis ordo 38. 15.: Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem *utile tempus* est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies *et scierit et potuerit admittere.* — Auch noch die Titelüberschrift des Theodosischen Codex IV. 1. de cretione vel bonorum possessione

Die Sitte der Anordnung einer Cretionsfrist ist hervorgegangen aus dem Bedürfniß eines Mittels, die Verzögerungen der Erbantretung verhindern zu können[29]). Von der bonorum possessio haben wir ebenfalls ermittelt, daß ihre Bestimmung der successio vom vorhandenen testamentarischen zum Intestaterben den Zweck gehabt hat: ne bona vacua diutius iacerent, also ebenfalls das Motiv, den Uebelständen entgegen zu wirken, die aus der Verzögerung der Erbantretung hervorgingen. Da wir nun in der cretio und bonorum possessio dieselbe, auch juristisch gleichartig behandelte, Zeitfrist finden, so wird man wohl das Richtige mit der Vermuthung treffen, daß der Prätor von Anfang an sich an diese altcivile Cretionsfrist in seiner Praxis angeschlossen hat. — Also wohl von jeher ist die Uebung gewesen, daß wenn in 100 Tagen (utile tempus) der scriptus die tabulae nicht beim Prätor proferirte, ihm die Erbittung der bonorum possessio fortan verweigert wurde und der erste Intestaterbe die bonorum possessio erbitten konnte. Man kann sich sogar denken, daß dieser Satz schon zu Cicero's Zeit im prätorischen Edict stand, auch wenn für ihn in den uns erhaltenen Sätzen der einzelnen Klassen kein Platz ist.

68. Das Princip, daß die in das System der bonorum possessio aufgenommenen Klassen in einer

spricht für die Zusammengehörigkeit beider Institute. Meine Bon. Poss. I. S. 63. A. 2. u. S. 64–67.

29) Gai. II. 164.: Extraneis heredibus solet cretio dari i. e. *finis deliberandi ut intra certum tempus vel adeant* hereditatem *vel,* si non adeant, *temporis fine summo veantur.* Ulp. XXII. 27. Meine Bon. Poss. I. S. 18.

successio hintereinanderstehen, ist von vorn herein, wie jetzt festgestellt worden, in der bonorum possessio enthalten. Daher erklärt sich leicht, daß es auch noch weiterschreitend in die einzelnen Klassen eingedrungen ist.

1) Es ist, während zunächst nach den Ciceronischen Edictsworten nur der nächste Civilerbe zur b. p. ab intestato berufen wird [30]), unzweifelhaft in die b. p. unde legitimi eingefügt worden. Wenn einem intestatus Verstorbenen ein suus nächster Erbe ist, aber derselbe die bonorum possessio zu agnosciren unterläßt, so erfolgt innerhalb der Klasse unde legitimi nach dem zu Gaius' Zeit geltenden Rechte eine successio der Berufung auf den proximus agnatus [31]), und wenn dieser die bonorum possessio erhält, so tritt dieselbe Möglichkeit des Auftretens mit der hereditatis petitio und sine-re-Erklärens ein, wie wir sie schon bei Cicero für den testamentarischen Erben gegenüber den nächsten Intestaterben haben stattfinden sehen.

Gai. III. 37.: Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres nol(uerit petere bonorum possessionem co)nt(en)t(u)s l(egitimo iure [32]): nam) et agnato competit quidem bonorum possessio sed sine re, cum evinci hereditas ab suo herede possit [33]).

30) Vgl. oben Ziff. 25. A. 98.

31) Meine Bon. Poss. I. Einl. S. XVI. A. 8.

32) Vgl. auch l. 2. C. unde liberi 6. 14. (Diocl. & Max.): Ex testamento vel ab intestato *existente* filio vel nepote *suo herede, nemo potest ab intestato heres existere.*

33) Dasselbe, was hier Gaius ausspricht, kann auch von Ulpian XXIII. 13. gemeint sein: veluti si (sit) suus heres, intestati bonorum possessio sine re est, quoniam

Man braucht zur Erklärung dieses Satzes nicht dazu seine Zuflucht zu nehmen, daß der Prätor hier deßhalb den Agnaten als legitimus hinter dem vorhandenen suus gerufen habe, weil der suus nicht zu den legitimi gehört und ihm die lex die hereditas nicht gegeben, sondern nur nicht genommen habe[34]. Der Titel unde legitimi, der wohl erst später aufgekommen ist, nachdem mehr Klassen geschaffen worden waren, darf hier nicht als der erklärende Grund gebraucht werden. Zu Cicero's Zeit ist, gegenüber der b. p. quae sine testamento vel sine lege datur, der suus sicherlich in der b. p. quae lege datur mitinbegriffen, und es hat immer einer besonderen prätorischen Satzung bedurft, daß innerhalb dieser b. p. quae lege datur (und das ist eben, was man nachher unde legitimi nannte) entgegen dem Civilrecht eine successio der Berufungen stattfinden solle. Zunächst wird dieser Fall noch in der b. p. quae sine testamento vel sine lege datur mitinbegriffen gewesen sein d. h. der Prätor berief hier nach seiner genaueren Prüfung des aequius aequissimumve nicht bloß Cognaten[35]) und Ehegatten, son-

suus heres evincere hereditatem iure legitimo potest. Allerdings kann aber unter diesen Worten auch der unter Ziffer 70. A. 43. anzuführende Fall mitbegriffen sein. (Vgl. die Böcking'sche Note zu dieser Stelle in der vierten Ausgabe der Ulp. Fragm.) — Die gewaltsame Aenderung Huschke's, welcher in der 2ten Ausg. der Jurispr. Antei. liest: si sit *scriptus* heres, intestati bonorum possessio sine re est, quoniam *scriptus* heres evincere hereditatem iure legitimo potest, ist nicht zu billigen.

34) Huschke in der Jurispr. Anteiust. ad h. l.

35) Auch die Cognatenklasse wird ja weiter unter dem Gesichtspunkt einer Emendation der Agnatenklasse von

dern er rief hier auch wohl, wenn die frühere Civilintestatklasse sich versäumt hatte, einen in späterer Civilintestatklasse Vorhandenen (Ziffer 26. bei A. 5.). Wenn wir die prätorische Zulassung der Aufeinanderfolge des suus und des proximus agnatus im ordo unde legitimi bei Cicero noch nicht finden können, so werden wir sie jedenfalls in die Augusteische Zeit, in welcher für die bonorum possessio überhaupt vielfache Erweiterungen angenommen werden müssen, zu setzen haben[36].

2) Während in dem eben besprochenen Punkt die

Gaius dargestellt III. 27—31. Ursprünglich wird die b. p. quae sine testamento vel sine lege datur überhaupt die Bedeutung einer subsidiären Emendationsklasse des Civilrechts gehabt haben, aus deren Handhabung dann allmälig bestimmte feste Theile der b. p. (und so auch dieser in die b. p. unde legitimi herübergezogene Satz der Successionszulässigkeit des proximus agnatus auf den suus) emporwuchsen.

36) Hingst setzt aus ungenügenden Gründen (die nach der Erörterung im Text einer besonderen Widerlegung nicht bedürfen) das ganze successorium edictum, gleich mit der Revocation der pro her. us. durch das Int. quor. bon. (s. darüber unten Ziff. 75.), in die Augusteische Zeit. Er motivirt l. c. p. 125. dies so: die späteren Klassen, in die verschiedenen Zeitfristen rangirt, hätten ohne jene Revocation sonst Alles schon usucapirt gefunden: *fiscus* iam omnia usucapta invenit. . . . cognati, coniuges, *fiscus omni auxilio carere potuerunt. Quamobrem* apud me constat, praetorem *simul* cum introductis successorio edicto et ordinibus c. t. & u. lib. revocationem usucapionis concessisse. — Nach dieser neuen Entdeckung hätte also auch das Interesse des Fiscus, als eines auf b. p. Berechtigten, auf die Gestaltung der prätorischen Rechtsmittel Einfluß gehabt!

Aufeinanderfolge der Berufungen innerhalb der b. p. unde legitimi zur sicheren Feststellung gelangte, ist solche noch wieder innerhalb der Agnaten zuzulassende Aufeinanderfolge nur Controverse geblieben.

Gai. III. 28.: Idem iuris (d. h. Berufung in der Cognatenklasse) est, ut quidam putant, in eius agnati persona, qui proximo agnato omittente hereditatem nihilo magis iure legitimo admittitur; sed sunt qui putant ***hunc eodem gradu a praetore vocari***, quo etiam per legem agnatis hereditas datur.

Auf der Nichtannahme dieser graduum successio ruht das fr. 2. §. 5. de suis et legit. 38. 16.; vgl. auch §. 7. I. de legit. agnatorum success. 3. 2.

Schon das Aufkommen dieser Controverse zeigt aber, wie sehr im System der bonorum possessio die Tendenz steckt, eine Aufeinanderfolge der Berufung zu gestatten.

3) Ueber die Frage, ob, wenn ein suus oder proximus agnatus als heres die bonorum possessio nicht erbeten hatte, mittelst Gestattung einer successio die Gentilen (in der b. p. quae lege datur) zur bonorum possessio zugelassen wurden, fehlen die Quellennachrichten [37]).

69. Das Resultat der bisherigen Erörterung ist: vom Prätor ist eingeführt das Princip [38]), daß an

37) Insbesondere auch darüber ist nichts zu constatiren, (worüber ich früher eine Vermuthung aufgestellt habe), ob, w e n n hier die Gentilen überhaupt zugelassen wurden, ihnen etwa vorhandene e n t f e r n t e r e Agnaten ein Hemmniß bildeten oder nicht. — Die der meinigen entgegengesetzte Vermuthung stellt **Janssonius** l. c. p. 85. sq. auf.

38) Die Bedeutung des s e l b s t ä n d i g e n R e c h t s g e d a n-

Stelle des nächstberufenen (testamentarischen) heres, der keine bonorum possessio erbittet, die folgende Klasse gerufen wird. Diese folgende Klasse war ursprünglich lediglich der nächste legitimus, der immer ein non heres ist, so lange jener heres existirt. Diese Berufung des Folgenden enthält eine Constituirung loco heredis um der Creditoren und Pontifen willen, aber mit Offenhaltung der hereditatis petitio für den heres. Diese Einrichtung trägt in sich eine genügende Triebkraft für den heres, es gar nicht zur Berufung des Nachstehenden kommen zu lassen, sondern seinerseits die bonorum possessio überhaupt nicht zu versäumen, die

kens des successorium edictum heben die Römer dadurch hervor, daß sie es ein „*beneficium*" nennen (fr. 2. de succ. ed.) und demselben als „successorium caput" (fr. 1. §. 3. de iur. et facti ign. 22. 6.) immer eine selbständige Stellung im prätorischen Edict einräumen. L. 1. C. de success. ed. 6. 16. (Alexand. 223.): ad eorundem bonorum patrui magni possessionem *ex edicto, quo prioribus non petentibus sequentibus permittitur,* admissus es. — Das Princip des successorium edictum ist auch stets bei aller Erweiterung der bonorum possessio die Grundlage des Instituts geblieben, wie sehr deutlich die Darstellung Ulpian's XXVIII. 11. 12.) kennzeichnet: Qui omnes intra id tempus si non petierint bonorum possessionem, sequens gradus admittitur, perinde atque si superiores non essent: idque per septem gradus fit. *Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris.* Offenbar wird hier unter dem Ausdruck successorium edictum in einem weiteren Sinn das ganze sich auf das prätorische Erbrecht beziehende Edict bezeichnet. Meine Bon. Poss. I. S. 69.

ihm überdies im Int. quor. bon. Vortheile gegen den Proherede-Usucapienten gewährt. Man kann also diese ganze prätorische Einrichtung eine nach verschiedenen Seiten hin den Interessen des Erben, der nächstfolgenden Klasse, der Creditoren und Pontifen Rechnung tragende[39]) magistratische Erbbesitzregulirung nennen, die auf dem Motiv ruht, ne bona hereditaria vacua sine domino *diutius* iacerent.

Es ist zum Schluß nöthig, dies Resultat noch zusammenzuhalten mit dem Motiv, auf welches unsere Quellen die Einführung der pro herede usucapio zurückführen. Das oben geschilderte Institut der pro herede usucapio ist wesentlich durch die bonorum possessio — eine viel feinere, den verschiedensten Interessen ohne die Gewaltsamkeiten jener älteren Institution Rechnung tragende Rechtsgestaltung — bei Seite gerückt

39) Mit Unrecht wird von Hingst l. c. p. 101., Hartmann Gött. A. 1861 Stück 8. S. 318., Rudorff zu Puchta Inst. III. §. 316. kk. eins der von mir hervorgehobenen Interessen als dasjenige bezeichnet, woraus ich den Ursprung der b. p. ableite, und damit von meiner Ansicht ein falsches Bild gegeben. Verschuldet durch Undeutlichkeit habe ich dies nicht. S. meine Bon. Poss. I. S. 104.: „Bei den mancherlei Rücksichten, die nach allen Seiten zu nehmen waren, und wodurch sich gerade das prätorische Institut vor der mangelhaften pro herede usucapio auszeichnete.“ Vgl. mit S. 8—10. 37. 54—56. — Gegenüber Hartmann insbesondere, welcher sagt: daß „man die einseitige Betonung des Interesses der Gläubiger und Pontifen fallen lassen müsse; nicht minder waren auch die späteren Klassen selbst dabei interessirt, hinfort beliebigen Occupanten vorgezogen zu werden,“ — vgl. noch oben Ziffer 9. A. 24. a. E.

worden. Auf welche Gründe stützt sich nun die durch das neuere Institut der bonorum possessio vollständig überflügelte ältere Einrichtung der pro herede usucapio?

Wir finden auch hier von den Quellen ein gleichartiges Motiv hervorgehoben, wie das für die cretio und das successorium edictum angegebene [40]).

Gai. II. 55.: Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio *concessa sit*, illa ratio est, quod *voluerunt veteres maturius hereditates adiri*, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.

Während Ulpian bei Angabe des Motivs des successorium edictum nur noch die Creditoren erwähnt, stellt Gaius für diese ältere Zeit die Rücksicht auf die Prästirung der sacra als die damals weit schwerer wiegende voran. Im Uebrigen aber ist die ratio des Instituts derselbe Gedanke, den Ulpian dem successorium edictum unterlegt. Man könnte, ohne den Sinn zu verändern, auch sagen, die absonderliche den regulären Usucapionsgrundsätzen so widersprechende pro herede usucapio sei concedirt worden: ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent. Auch hier ist dem berufenen heres eine Frist (das Jahr seit der Besitzergreifung des Usucapienten) offen; auch hier findet eine successio auf einen Nachstehenden statt, der nun den Priestern und Creditoren verhaftet wird; auch hier steht (in der älteren Periode der pro herede usucapio) der an die Stelle des heres Tretende als „*velut*-heres" da, wenn auch dieser Ausdruck dabei in etwas ande-

40) Meine Bon. Poss. I. S. 20 ff.

rem Sinne wie bei der bonorum possessio gebraucht wird. Aber das ganze Institut ist, — im Vergleich zu dem sorgsam durchdachten und alle Interessen gegen einander weise abwägenden Institut der prätorischen Erbbesitzzutheilung, — roher, unjuristischer, gewaltsamer. Unjuristisch darin, daß rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur. Gewaltthätig darin, daß der heres seines Rechts dadurch verlustig geht. Unbillig darin, daß auf diese Weise möglicherweise das Vermögen in ganz fremde Hände kommt. Das Institut der pro herede usucapio ist ein Kind einer Zeit, die derartigen, eine gewissermaßen künstlerische juristische Schaffenskraft fordernden, Instituten noch nicht gewachsen war. Die Bestimmungen der Pontifen haben entschieden auf den Verlauf der pro herede usucapio, vielleicht auch auf ihre Entstehung, Einfluß gehabt. Das prätorische Edict wurde dann gewissermaßen der Erbe des pontificischen Edicirens und des pontificischen jährlich wechselnden Jurisdictionsamtes. Nachdem die pro herede usucapio durch ihren Uebergang in einen Erwerb bloß einzelner Erbschaftssachen für ihren ursprünglichen Zweck wesentlich unbrauchbar geworden war, und es eines neuen Instituts bedurfte, um den alten Bedürfnissen Genüge zu schaffen, so zeigte das prätorische Edict im Gegensatz zu der pro herede usucapio und im Gegensatz zu den Pontificaledicten, wie sehr man inzwischen gelernt hatte, dieselbe ratio in die zutreffendere juristische Form zu bringen.

Vom höheren Standpunkte historischer Zusammenfassung aus werden wir aber pro herede usucapio und bonorum possessio zwei aus demselben Boden emporgewachsene Institute nennen dürfen. Das eine,

als ein nach und nach mit dem Gesammtsystem des römischen Rechts immer incompatibleres Element, wurde bei Seite geräumt. Das andere erwies sich nicht allein als vortrefflich brauchbar und auch auf die Provinzen selbst ohne das Vorhandensein der ursprünglichen ratio übertragbar, sondern es verließ überhaupt das Gebiet seiner ursprünglichen Veranlassungsgründe mit der Zeit ganz, und entwickelte sich zu einem die ganze Weiterbildung der römischen Erbfolge umspannenden Systeme. —

Es muß noch eines Gegners der hier vorgetragenen Ansicht gedacht werden, Huschke's, der (S. 204. — wie schon früher: Richter'sche Jahrb. III. S. 12.) die Richtigkeit der Gaiischen Nachricht in Zweifel zieht. Er bezeichnet (mit einer gewissen mystischen Färbung) die ursprüngliche pro herede usucapio „als ein von dem Usucapienten vertretenes Recht des Verstorbenen gegen den um seine Ehre zu wenig bekümmerten Erben.“ Nachher erst lockte der mit der pro herede usucapio verbundene Gewinn die Habgier; „das Interesse derselben senkte sich aus der Person des Verstorbenen zugleich in die des Usucapienten hinab“, und der Prätor mußte durch seine bonorum possessio der pro herede usucapio (in der oben mitgetheilten Weise) zu Hülfe kommen. Erst für diese Zeit, — wo zunächst man noch den Usucapienten des größeren Theils der Erbschaft zu den Opfern verpflichtet erkannte, und wo dann mit dem Anfang der dritten Periode die pro herede usucapio lediglich als Entziehung der einzelnen Sachen der Erbschaft übrig blieb, — gelte das, was Gaius sagt. Ich halte diese Auffassung für ganz unzulässig. Gaius spricht in der bestimmtesten Weise[41]): illa ratio *est*,

41) Nicht etwa bloß in der unbestimmteren Art, wie z. B.

quod *voluerunt* veteres, und dabei dem Gaius einen Irrthum unterschieben, ist denn doch zu gewagt. Zudem würde dann auch das von Gaius Gesagte für die Zeit, wofür es nach Huschke wirklich gelten soll — also für die Zeit, wo die pro herede usucapio des größeren Erbschaftstheils nur noch zur Haftung für die sacra, nicht auch für die Schulden, und schließlich lediglich zum Erwerb der einzelnen Sachen führte — wiederum nicht richtig sein, denn Gaius sagt ausdrücklich, daß die pro herede usucapio eingeführt sei (concessa), damit die creditores haberent a quo suum consequerentur.

Es ist oben schon ausgeführt, daß man Huschke bereitwillig zugeben kann, die pro herede usucapio sei ursprünglich factisch wohl meist in pietätsvoller Weise zur Anwendung gekommen [42]). Aber der juristische Bau des Instituts wird damit kein anderer, und um diesen juristischen Bau verständlich zu finden, dazu bedarf es gerade eines solchen ganz äußerlichen Utilitätsgrundes, wie ihn Gaius hier in unzweideutigstem Ausdruck als die ratio des Instituts mittheilt.

70. — II. Die zweite in diesem §. aufzuwerfende Hauptfrage (vgl. Ziffer 62.) betrifft die Gestalt der

in Betreff der bonorum venditio IV. 35.: Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse *dicitur*.

42) Es wird in allen Zeiten gleichartig sein, daß die dem Erblasser nahe stehenden Personen: Agnaten, Cognaten, Ehegatten, auch gleich nach seinem Tode Besitz von der Erbschaft nehmen. Man darf also bei der pro herede usucapio nicht an ein häufiges Zusammenströmen fremder Besitzergreifer denken. Meine Bon. Poss. I. S. 38.

aus der *datio bonorum possessionis* hervorgehenden einzelnen Rechtsmittel. Diese sind, wie schon oben angegeben worden, insbesondere das Interdictum quorum bonorum und die fictitiae actiones. Ehe in die Einzelnheiten der rechtlichen Stellung dieser Rechtsmittel eingegangen wird, muß als Resultat der bisherigen Erörterungen erst geprüft werden, in welchem Verhältniß überhaupt das in der datio bonorum possessionis liegende Recht und der aus ihr hervorgehende prätorische Rechtsschutz gegeneinander stehend zu denken sind. Die datio bonorum possessionis ist an sich eine und dieselbe, mag aus ihr eine b. p. cum re oder sine re sich entwickeln. Es ist also festzustellen, was jedenfalls schon als unmittelbare Rechtsfolge der datio zu betrachten ist, und ob andererseits aus dem Unterschiede der b. p. cum re und sine re eine verschiedene Stellung des bonorum possessor zu den aus der bonorum possessio hervorgehenden Rechtsmitteln, den fictitiae actiones und dem Interdictum quorum bonorum, resultirt.

Zunächst sind die verschiedenen Fälle der b. p. cum und sine re für das Umfangsgebiet der bonorum possessio, so wie es uns aus Cicero entgegentritt, gleichviel ob die einzelnen hierin liegenden Fälle damals schon insgesammt vorgekommen sind oder vorkommen konnten, genau auseinander zu legen.

1) Eventualitäten im Gebiet der confirmatorischen Klassen.

a) Die bonorum possessio ist cum re, wenn der Erbbesitz dem nächststehenden Civilerben verliehen worden ist. Also *α*) wenn aus einem vorhandenen civilrechtlich gültigen Testamente die b. p. secundum tabulas ertheilt wird; *β*) oder wenn, beim Nichtvor-

handensein eines Testaments, bei formeller Nichtigkeit eines vorhandenen, bei sich herausstellender Nichtigkeit der Einsetzung, Mangel der testamentifactio des Eingesetzten, der nächste Intestaterbe b. p. unde legitimi erhalten hat.

b) Die bonorum possessio wird cum re, wenn beim Vorhandensein eines näheren Civilerben, welcher die bonorum possessio nicht erhalten hat, und die her. petitio auch später anzustellen nicht in der Lage ist, einem Nachfolgenden die bonorum possessio ertheilt worden ist. Also: α) ein testamentarischer heres ist berufen, eine bonorum possessio hat er nicht agnoscirt, und der nächste Intestaterbe hat die b. p. unde legitimi erhalten; wenn nun entweder das Testament destitut wird, oder der testamentarische Erbe das Erbrecht zwar erworben hat, aber doch die Folgen des Erwerbes für ihn nicht eintreten. Z. B. der testamentarische Erbe wird in dem gegen den legitimus bonorum possessor angestellten Erbschaftsproceß mit Unrecht abgewiesen, oder der ex asse scriptus heres ist ein suus heres und hat das beneficium abstinendi erhalten. β) Ferner in dem Fall Ziff. 68. 1., seitdem dieser überhaupt geltendes Recht geworden war: ein Testament ist nicht vorhanden, ein suus nächster Intestaterbe, der aber bonorum possessio zu erbitten unterläßt, so daß nun der proximus agnatus die b. p. unde legitimi erhält; wenn alsdann der suus abstinirt, so wird die bonorum possessio des Agnaten cum re. γ) sodann, beim Nichtvorhandensein eines Testaments und eines suus, in dem Ziff. 68. 2. angegebenen Fall: wenn in Betreff der Controverse über Zulassung der graduum successio unter mehren Agnaten ein Prätor der bejahenden Ansicht war, und beim

Vorhandensein eines proximus agnatus, der die bonorum possessio nicht agnoscirte, dem folgenden Agnaten b. p. unde legitimi gegeben hatte, der berufene proximus agnatus aber die hereditas ausschlägt oder ohne anzutreten wegfällt. Hier ist die bonorum possessio des späteren Agnaten, der doch nie heres werden kann, da in legitimis hereditatibus non datur successio, cum re. δ) ferner in dem Fall Ziff. 68. 3., wenn nämlich das prätorische Recht (was allerdings nicht quellenmäßig nachweisbar, aber doch nie der Sicherheit des Falles Ziff. 68. 1. sehr möglich ist) eine successio zwischen Agnaten und Gentilen im ordo unde legitimi zugelassen hat. Also: wenn unter solcher Voraussetzung, beim Nichtvorhandensein eines scriptus heres sowie eines suus heres, ein Agnat die ihm deferirte bonorum possessio versäumt, und (beim Nichtvorhandensein oder der prätorischen Nichtzulassung weiterer Agnaten) die Gens b. p. unde legitimi erhalten hat, der Agnat aber ausschlägt oder ohne anzutreten wegfällt. Hier wird die b. p. cum re, weil der Gens, obgleich sie selbst nicht heres ist, doch kein heres die hereditas evinciren kann.

c) Die b. p. *sine re* ist vorhanden *α*) wenn der testamentarische heres, der die hereditas angetreten, bonorum possessio nicht agnoscirt hat, oder (falls er nicht den prätorischen Erfordernissen gemäß richtig die signirten tabulae zu proferiren vermogte) bonorum possessio nicht agnosciren konnte, und nun hinterdrein gegen den zur b. p. unde legitimi gelangten Intestaterben mit der hereditatis petitio durchdringt. *β*) wenn bei eröffneter Intestatsuccession der suus die bonorum possessio versäumt und gegen den, hinter ihm nach prätorisch zulässiger successio die b. p. unde legitimi

erbittenden Agnaten (der Fall Ziff. 68. 1.) bezüglich Gentilen (der zweifelhafte Fall Ziff. 68. 3.) mit der hereditatis petitio durchdringt. γ) wenn, bei eröffneter Intestatsuccession und bei Nichtvorhandensein eines suus heres, unter einem die graduum successio unter den Agnaten zulassenden Prätor der die bonorum possessio unde legitimi verschmähende proximus agnatus von dem hinter ihm zur b. p. unde legitimi gelangten entfernteren Agnaten die hereditas evincirt (der Fall Ziff. 68. 2.) — δ) wenn von zwei neben einander Berechtigten z. B. zwei iure scripti heredes [43]), der eine seine bonorum possessio versäumt, der andere aber, nach dem ihm zu berechnenden tempus, rechtzeitig agnoscirt und demnach in Gemäßheit der prätorischen Accrescenz ein Recht in totam hereditatem hat, hinterdrein aber sein die bonorum possessio versäumender coheres seine pars von dem bonorum possessor evincirt [44]).

2) Eventualitäten über das Gebiet der confirmatorischen Klassen hinaus.

a) Die b. p. quae sine testamento und sine lege datur ist *cum re*, wenn, beim Nichtvorhandensein oder Weggefallensein von Personen in den civilrechtlichen Klassen oder beim Vorhandensein aber Nichtberufensein derselben (in Folge des Satzes: in legitimis hereditatibus non datur successio) eine bonorum possessio verliehen worden ist (vgl. auch Ziff. 19.).

b) Die b. p. ist *sine re*, wenn in den vorauf-

43) Ebenso auch wenn (seit dem Bestehen der bonorum possessio unde liberi) der suus seine bon. poss. versäumt und der neben ihm stehende emancipatus die b. p. auf das Ganze erhält. S. oben Ziff. 68. A. 33.

44) Meine Bon. Poss. I. S. 225. A. 1. a. E.

gehenden confirmatorischen Klassen ein die bonorum possessio versäumender heres vorhanden ist, und dem hinter ihm stehenden zur bonorum possessio sine lege und sine testamento Gelangten die hereditas evincirt.

71. In allen diesen Fällen liegen zusammengefaßt folgende Punkte:

1) Die b. p. cum re kann der *heres*, d. h. der wirklich nach Civilrecht berufene und erwerbende Erbe haben;

2) eine b. p. cum re kann auch ein *non heres* haben;

3) eine b. p. sine re setzt immer als bonorum possessor einen *non heres* voraus.

Man kann nun gar nicht sagen, daß der eine dieser Punkte der eigentlich vom Prätor beabsichtigte gewesen sein müsse. Sie sind ein System von verschiedenen sich gegenseitig bedingenden Eventualitäten, die alle gleichmäßig der, auf magistratische Beihülfe zur möglichst glatten Erbregulirung gehenden, prätorischen Absicht entsprechen. Der Prätor will dem heres sein Recht nicht rauben. Umgekehrt durch die Ertheilung des Erbbesitzes, — wodurch ihm die Besitzergreifung der Erbschaft erleichtert und zu der er regelmäßig vor allen Anderen gerufen wird — will er ihm ein begünstigendes Beneficium gewähren. Dies ist also der Punkt Nr. 1., und dies entspricht dem Ziff. 66. unter Nr. 1. namhaft gemachten Interesse. — Der Prätor will aber andererseits auch nicht lediglich an den heres und dessen Zögerungen gebunden sein. Er ruft, damit diejenigen Personen, die vom Erben Leistungen in Anspruch zu nehmen haben, möglichst bald zu ihrem Ziele gelangen, auch Personen zum Erbbesitz, von denen es entweder schon von vorn

herein sicher oder doch als möglich anerkannt ist, daß sie non heredes seien. So gestaltet sich der Punkt 3., die bonorum possessio sine re, und dem entspricht das Ziff. 66. unter Nr. 2. angegebene Interesse. Die Gewährung des Erbbesitzes ist hier nur die magistratische Hinstellung eines Repräsentanten des heres, der ganz für eigene Rechnung und ohne weitere Rücksichten auf die Person des heres mit der Erbschaft schaltet, die Erbschaftsforderungen einziehen, und die Prästationen an die Gläubiger und Pontifen rechtsgültig leisten kann. Aber da es nicht im Sinn des Prätors liegen kann, den heres seines Rechts verlustig zu erklären, so ist es jederzeit dem heres offen gelassen, diese ganze Rechtsstellung des bonorum possessor durch Anstellung der hereditatis petitio zu vernichten. — Der Prätor sieht aber endlich auch voraus, daß viele Fälle vorkommen können, wo das sine re-Machen von Seiten des heres nicht möglich sein wird, und für diesen Fall hat er dann eben den Erbbesitz einer Person gegeben, der nach Aequität die Erbschaft weit mehr zu gönnen ist, als fremden zugreifenden Proherede-Usucapienten. So entwickelt sich der Punkt 2. Dem non heres wird die bonorum possessio zur cum re, und hiemit wird zunächst und vorzugsweise das Interesse, welches in Ziff. 66. unter Nr. 3. aufgeführt wurde, befriedigt. Man gönnte die Erbschaft am liebsten der nächstfolgenden Klasse, aber dies ist auch zugleich der Punkt, auf dem man in der einfachsten Weise zur Befriedigung des Bedürfnisses ne quis sine successore moriatur vorschreiten konnte, also bei der Engigkeit der civilrechtlichen Erbklassen zur Aufstellung ganz neuer nach Aequität wohlbefugter Erbklassen für den Fall, daß civilrechtlich Berechtigte nicht auftraten, gelangte (vgl. Ziff. 66. Nr. 4.).

Wenn nun in dieser sicher constatirten Weise das prätorische Erbbesitzsystem diese Bedürfnisse befriedigt hat, so darf man daraus auch gewiß den Schluß ziehen, daß die Befriedigung gleichmäßig aller dieser Bedürfnisse die Absicht des Prätors bei Schaffung und Erweiterung seines Instituts gewesen ist. Eine hievon völlig zu scheidende Frage aber ist es, in welchem Falle das Institut der bonorum possessio rücksichtlich der Geltendmachung der in ihr liegenden Rechtsmittel und Rechtswirkungen am vollsten zur practischen Entfaltung gelange. In dieser Hinsicht stellt sich nämlich die Sache ganz anders.

Es tritt, von diesem Gesichtspunkt aus das Institut der bonorum possessio betrachtet, der Punkt Nr. 1. wesentlich zurück. Wenn der heres zur bonorum possessio gerufen wird, so „scheint", wie Gaius III. 34. sagt, das beneficium in eo solo aliquam utilitatem habere, quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cuius principium est „quorum bonorum" uti possit. Also Gaius spricht es hier in der entschiedensten Weise aus, daß in diesem Punkte der ganze juristische Apparat der bonorum possessio nicht zur vollen Entfaltung gelangt. Und dies ist ja auch völlig einleuchtend. Wenn Einer sicher der heres ist (und also dann auch sein heres-sein beweisen kann), so hat er die actiones, die der Prätor als fictitiae giebt, einfach schon als directae. Wozu soll er noch die fictitiae anstellen? — Nur in einer Hinsicht mögte man versucht sein, vermuthungsweise den nur kurz ausgesprochenen Gaiischen Satz unter Berücksichtigung des „videtur" noch etwas zu vervollständigen. Auch noch darin kann aliqua utilitas für den heres in der bonorum possessio gelegen haben, daß er vielleicht

bisweilen nicht genöthigt war, sein heres-sein gleich vollständig zu beweisen. Insbesondere kann die Aufstellung der Edictsvorschrift über die Prolation eines Testaments mit legaler Siegelzahl doch wohl nur den Sinn gehabt haben, daß es für den heres scriptus aus einem iure factum testamentum, in Betreff dessen nach der einen oder anderen Seite Zweifel der Rechtheit erhoben werden können, „aliquam utilitatem“ habe, wenn er auf Grund der mit der legitimen Siegelzahl proferirten tabulae zur secundum tabulas gelangt. Es wird nämlich gewiß das Erfüllen der Edictalvorschrift von jeher genügend gewesen sein, auch für den klägerischer Seits erforderlichen Beweis bei Anstellung der aus der data bonorum possessio entspringenden Rechtsmittel. Also, dem Gegner lag der Gegenbeweis ob, daß nichtsdestoweniger das Testament ein civilrechtlich nichtiges sei, d. h. daß trotz des Darbietens der vom Edict geforderten äußeren Form doch die vom Edict nicht minder gestellte Voraussetzung der civilen Gültigkeit des Testaments nicht vorliege. Demgemäß ist auch anzunehmen, daß der Instituirte lediglich auf Grund der Prolation der mit legaler Siegelzahl versehenen Testamentsurkunde mit den fictitiae actiones gegen die Erbschaftsgläubiger klagen konnte, ohne sich seinerseits auf den Beweis der vollen Gültigkeit des Testamentes einlassen zu brauchen [45]).

45) Eben so stellt sich auch umgekehrt die Frage, ob es für die Gläubiger einen Nutzen gewährt, gegen den heres, der zugleich bonorum possessor ist, mit den fictitiae actiones aufzutreten. S. oben Ziffer 63. A. 90. — Es ist einleuchtend, wie leicht sich hieraus in der bon. poss. sec. tab. der spätere Rechtssatz

Doch sei dem wie ihm wolle, jedenfalls ist natürlich der Gaiische Satz ein in keiner Weise anzuzweifelnder, daß bei der dem *heres* gegebenen bonorum possessio (dem Punkt 1.) der eigentliche Nutzen im Interdictum quorum bonorum enthalten ist.

Dagegen die beiden Punkte 2. und 3. stehen zu einander in dem Verhältniß, daß Nr. 2. ja nur die Umdrehung von Nr. 3. ist, indem Nr. 2. die Fälle enthält, in denen eine bonorum possessio an sich zur sine re gemacht werden könnte, aber es dazu in Folge von Außen hinzutretender Gründe nicht kommt. Der Erbbesitz in den Fällen Nr. 2. ist an sich störbar, aber derjenige, der das Recht der Störung haben würde, existirt zufällig nicht, oder fällt weg, und daher bleibt die res beim bonorum possessor. Fragt man nun, in welchen Fällen die practische Wirksamkeit der bonorum possessio am vollsten zur Entfaltung tritt, so sind zunächst Nr. 2. und 3. darin gleichstehend, daß bei beiden nicht bloß das Interdictum quorum bonorum, sondern auch die fictitiae actiones zu gleich nothwendiger Verwendung kommen müssen. Dagegen ist darin der wesentliche Unterschied, daß wenn nach Nr. 2. das Vermögen beim bonorum possessor bleibt, eine Reihe von Rechtsfragen über das juristische Herüberwirken der Handlungen des bonorum possessor auf den heres nicht zur Verwendung kommen kann, welche gerade die characteristische Eigenthümlichkeit der Fälle Nr. 3. ausmachen.

(s. unten Ziff. 93.) entwickeln konnte, daß, wofern nur die edictale Siegelzahl vorlag, die b. p. ein für allemal als ex edicto ertheilt gelten solle, auch wenn der Testamentsact erweislich den sonstigen civilrechtlichen Formvorschriften nicht entsprach.

Fragt man also, wo die bonorum possessio nicht etwa dem bonorum possessor selbst am Vortheilhaftesten erscheint, sondern wo sie in der practischen Verwendung ihrer denkbaren Rechtswirkungen und Schutzmittel am Entwickeltsten hervortritt, so ist dies der Fall Nr. 3.: die unter der Möglichkeit des sine re - Werdens stehende bonorum possessio.

Dies, aber durchaus nichts Mehr, ist es, was ich in meiner Bon. Poss. ausgeführt habe. Ich habe in der bestimmtesten Weise hervorgehoben, daß es als ganz herrschende Sitte bei den Römern angenommen werden muß, daß der *heres* sich die bonorum possessio erbat (also der Fall Nr. 1.). Aber andererseits habe ich es betont, daß (und namentlich seit der classischen Zeit) die Fälle immer häufiger wurden, in denen wegen der Engigkeit des Civilrechts gar kein heres vorhanden war, welcher die ertheilte bonorum possessio zur sine re machen konnte (also der Fall Nr. 3.) [46]. Zugleich habe ich noch besonders ausgesprochen, daß die Voranstellung und Betonung der b. p. sine re nur eine begrifflich nothwendige sei, indem man gerade weniger auf Grund der b. p. cum re als der b. p. sine re, auch wenn letztere verhältnißmäßig selten zur Anwendung kam, sich das Einführungsprincip und den Begriff der bonorum possessio klar machen müsse [47]. Hiernach

46) II. 2. S. 52. „Wenn ein Civilerbe vorhanden war, so pflegte er wegen der Vortheile des Int. quor. bon. wohl meist selbst b. p. zu erbitten. Es kamen aber überhaupt viele Fälle vor, wo ein Civilerbe gar nicht vorhanden war, also einer folgenden sich bloß auf das prätorische Recht stützenden Klasse dauernd das Vermögen verblieb."

47) I. 238.: „weil gerade sie sich zuerst aus dem Einführ-

trifft mich in der That nicht die Argumentation, welche Savigny (Verm. Schr. II. S. 298.) gegen mich richtet, wonach er es bedenklich findet, „daß hier die b. p. sine re an die Spitze der ganzen b. p. gestellt und gleichsam als der Schlüssel des Rechtsinstituts betrachtet wird. Ob überhaupt die wirkliche Anwendung der b. p. sine re häufig und practisch wichtig war[48]), wissen wir nicht, für wahrscheinlich kann ich es nicht halten. Ich

ungsprincip der b. p. ergiebt." II. 6. S. 52. „Zur Zeit der klassischen Juristen hielt man nun freilich den Begriff immer fest, daß die b. p. an und für sich etwas Interimistisches sei, daß sie sine re werden könne. Aber es leuchtet doch ein, daß im Ganzen die Fälle der b. p. sine re weit seltener vorkamen, als die cum re. . . . Die römischen Juristen hatten, wegen der wenn auch selteneren Fälle der b. p. sine re, noch immer den alten Begriff festgehalten, daß sie nur eine possessio, eine Ausübung des Erbrechts sei;" vgl. noch II. 6. S. 73. 164. 165. 463.

48) In seiner Abhandlung über die sacra privata erklärt Savigny die b. p. sine re folgendermaßen (Verm. Schr. I. S. 161. 162.): sie war kein leerer Name, sondern der Weg, auf welchem dem bonorum possessor die Proherede-Usucapion an den einzelnen Erbschaftssachen gestattet wurde, welche wirksam blieb, auch wenn dann später dem b. por. die Succession im Ganzen vom Civilerben entzogen wurde. Nähme man dies nicht an, so würde die b. p. sine re als eine unnütze Subtilität erscheinen, statt deren man viel einfacher in solchen Fällen die b. p. überhaupt hätte negiren sollen. — Daß die b. p. sine re auch abgesehen von der dem b. por. dadurch zugänglichen pro herede usucapio (s. Ziff. 57.) keineswegs eine unnütze Subtilität war, wird unten in den Ziffern 73. und 74. ausgeführt werden.

glaube nicht, daß der nächste Agnat, im stolzen Gefühl seines unantastbaren Civilerbrechts, häufig die Anmeldung bei dem Prätor unterlassen haben wird, um dann dem agnoscirenden Cognaten die ertheilte bonorum possessio zu vereiteln." [Derartiges habe ich nie behauptet.] „Das Recht dazu hatte er unzweifelhaft, und wenn er seine Frist versäumt hatte, wird er dieses Recht wohl geltend gemacht haben. Es läßt sich aber annehmen, daß er weit gewöhnlicher die ihm angebotene b. p. unde legitimi agnoscirte; wird dieses angenommen, so konnte die b. p. sine re nur ausnahmsweise und nicht häufig eine Aushülfe darbieten, weßhalb sie nicht mit Leist als das Wesen der b. p. überhaupt angesehen werden darf."

Die Römer sprechen es doch in der bestimmtesten Weise aus, daß in der bonorum possessio cum re des agnoscirenden Civilerben das eigentliche „Wesen der bonorum possessio" nicht enthalten ist („quibus casibus *in eo solo videtur aliquam utilitatem habere*, quod is qui ita petit bonorum possessionem interdicto cuius principium est quorum bonorum uti possit"). Das eigentliche Wesen der bonorum possessio legen die Römer darein, daß der bonorum possessor *vice* heredis, *velut* heres, *loco* heredis dasteht, also in das, was ich oben als die Punkte 2. und 3. bezeichnet habe. Und als das eigentlich Charakteristische, was aus diesem *loco* heredis-Stehen hervorgeht, heben sie nicht das (freilich stets allen bonorum possessores unentbehrliche) Interdictum quorum bonorum, sondern umgekehrt gerade die fictitiae actiones hervor:

Ulp. XXVIII. 12.: Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, *heredes quidem*

non sunt, sed *heredis loco* constituuntur beneficio praetoris. *ideoque* seu ipsi agant, seu cum iis agatur, *fictitiis actionibus* opus est, in quibus *heredes esse finguntur*. Rücksichtlich der Punkte 2. und 3. behaupte ich ja nun aber gar nicht, daß der Punkt 3. das Häufigere und das eigentlich vom Prätor Beabsichtigte und Erstrebte gewesen wäre. Alle 3 Punkte sind ohne einander gar nicht zu denken und ganz gleichmäßig vom Prätor beabsichtigt, gleichviel ob die Anwendungsfälle des einen oder anderen Punktes sehr verschieden häufig waren. Aber Punkt 2. steht zu 3. in dem Verhältniß, daß er eben nur ein von gewissen Umständen abhängiges maius enthält, das damit dem bonorum possessor noch von Außen gewisse Rechte und Vortheile zuführt. Dagegen Punkt 3. ist das minus, welches zugleich die Möglichkeit in sich trägt, zu Punkt 2. überzuführen, und welches also zunächst am reinsten Alles das in sich faßt, was ohne weitere Abhängigkeit von äußeren Umständen lediglich Ausfluß des in der datio bonorum possessionis liegenden Beneficiums ist. Und gerade weil die b. p. sine re das geringere Maaß einer wahren und gültigen bonorum possessio [49]) ist, so liegt in ihr (so selten sie auch practisch zur Anwendung kommen mogte) der reinste und einfachste Begriff des prätorischen, von der civilrechtlichen Stellung des sich zur bonorum possessio meldenden heres nicht beeinflußten Beneficiums. Nur in ihr tritt eine Reihe von Rechtsbeziehungen des bonorum possessor zu dem ihm gegenüberstehenden heres her-

49) Denn die b. p. sine re ist, zum Unterschiede von der b. p. quae data non intelligitur, eine wahre und gültig ertheilte b. p.

vor, welche für das prätorische Institut ganz besonders charakteristisch sind.

72. Nach dieser allgemeinen Erörterung sind die vom Prätor dem bonorum possessor gegebenen Rechtsmittel im Einzelnen zu betrachten. Als die speciell für den bonorum possessor constituirten führt Gaius (IV. 144. 34.) das Interdictum quorum bonorum und die fictitiae actiones auf [50]). Wir werden dem für bestimmte Nebenpunkte noch einige andere Klagen, die actio familiae erciscundae, das Interdictum quod legatorum u. s. w. anzufügen haben, die wir einstweilen noch bei Seite lassen. Jedenfalls jene anderen scheiden sich von letzteren als die eigens für den bonorum possessor und für jeden bonorum possessor gegebenen Rechtsmittel. In dem Edicte de inspiciendo ventre bezeichnet der Prätor den Klagenschutz der bonorum possessio mit den Worten:

(fr. 1. §. 10. in fin. de insp. ventr. 25. 4.) quas utique *actiones* me daturum polliceor his, quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit.

Es kann kein Zweifel sein, daß hier unter dem Worte actiones auch das Interdictum quorum bonorum mitbegriffen ist [51]).

50) Die hereditatis petitio possessoria kann hier noch nicht zum Gegenstande der Betrachtung gemacht werden. Daß sie jedenfalls in der ursprünglichen Gestalt der bonorum possessio noch nicht enthalten ist, wird von allen Seiten zugestanden. Wann sie sich aber entwickelt habe, kann erst an einem späteren Orte festgestellt werden.

51) In der Collat. XVI. 3. §. 5. wird unter praetoria

Für diese his, quibus ex edicto bonorum possessio data sit, gegebenen actiones ist zunächst eine zusammenfassende Frage vorauszustellen. Waren sie einer besonderen prätorischen Verjährung unterworfen oder nicht? Für die fictitiae actiones kann von vorn herein ein Bedenken nicht bestehen. Sie werden dem bonorum possessor so gegeben, wie sie nach den für die einzelnen Klagen geltenden Rechtssätzen dem Verstorbenen wie dem heres zustehen; eine besondere für den bonorum possessor als solchen aufgestellte Verjährung kann es hier nicht geben.

Aber ist vielleicht das Interdictum quorum bonorum, gleich anderen restitutorischen Interdicten, wie dem interdictum fraudatorium, quod vi aut clam, de vi quotidianum, einer Jahresfrist unterworfen gewesen [52]? Wir besitzen einen Quellenausspruch, den wir unbedenklich auf diese Frage zu beziehen und wonach wir sie zu verneinen haben.

Gai. IV. 110.: Quo loco admonendi sumus, eas quidem *actiones*, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem

actio gerade das Int. quor. bon. verstanden, s. oben Ziff. 24. A. 90. — In fr. 35. pr. de o. & a. 44. 7. wird unter den honorariae *actiones* als Beispiel speciell das *Interdictum* unde vi angeführt; in fr. 1. §. 4. quod legatorum 43. 3. wird unter den „duae *actiones*" das Int. quod leg. mitbegriffen.

52) Schmidt Interd. S. 116—125. erwähnt diese besondere Frage nicht. Vgl. Kreittmayr Anm. z. Cod. Max. Bav. III. (1763) S. 873: „Jure antiquo romano hatte die Klag ex hoc edicto (Div. Hadr.) nach Verlauf eines Jahrs so wenig als das Interdictum quorum bonorum mehr Staat."

accommodare, eas vero, quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare. 111. aliquando tamen . . . . . . imitatur ius legitimum, quales sunt eae, quas (praetor bonorum posse)ssoribus ceterisque, qui heredis loco sunt, (accommodat)[53]).

Gaius spricht hier freilich von *actiones*, die dem bonorum possessor gegeben werden, aber er könnte unmöglich so allgemein von den dem bonorum possessor gegebenen Rechtsmitteln reden, wenn gerade das Hauptrechtsmittel desselben, das Interdict quorum bonorum, ausgeschlossen gewesen wäre. Und nach der eben citirten Edictsstelle kann es auch gar kein Bedenken haben, dies Interdict unter dem Wort actiones mit zu begreifen. Ueberdies würde die Einschränkung des Interdicts auf eine Jahresfrist, bei der entschiedenen Tendenz des Instituts der bonorum possessio, der pro herede usucapio entgegenzuwirken, eine höchst unpractische gewesen sein. Mit dem Interdict holt sich der bonorum possessor die einzelnen Erbschaftssachen vom Proherede-Usucapienten ein, und (wie wir unten sehen werden) auch der (Jahres-) Ablauf der pro herede usucapio soll dem Interdictskläger gegenüber nicht gerechnet werden. Wie leicht aber hätte es kommen können, daß, während der Prätor vorsorglich die Jahresfrist auf der beklagtischen Seite nicht rechnen will, dem Kläger bei dem Vorhandensein einer jähri-

53) Pr. I. de perpet. et temp. act. 4. 12.: aliquando tamen et in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem constitutionibus introductum: quales sunt hae, quas bonorum possessori ceterisque, qui heredis loco sunt, accommodat.

gen[54]) Klagverjährung (auch utile tempus angenommen) von seinem klägerischen Standpunkte aus ein Hinderniß sich erhoben hätte, welches lediglich dem nicht zu begünstigenden Proherede-Usucapienten zu Gute gekommen wäre.

73. — A. Die *fictitiae actiones.*

Ich beginne die Darstellung der dem bonorum possessor zustehenden Rechtsmittel absichtlich nicht mit dem Interdictum quorum bonorum, obgleich es völlig zweifellos ist, daß es, wie schon bemerkt, das Hauptrechtsmittel des bonorum possessor war[55]). Ich stelle die fictitiae actiones[56]) voran, weil bei ihnen die Erörterung der Rechtsbeziehungen zu geben ist, die zwischen dem bonorum possessor und heres im Fall, daß die bonorum possessio zur sine re gemacht wird, eintreten; eine Erörterung, die sich am nächsten an die vorher gegebene allgemeine Darstellung der b. p. cum und sine re anschließt. Ueber diese Rechtsbeziehungen zwischen bonorum possessor und heres im Fall der b. p. sine re ist uns, da die b. p. sine re in der späteren Entwicklung des Rechts untergegangen ist, das Quellenmaterial nur dürftig aufbewahrt worden. Um so wichtiger ist uns das (früher

54) Das Jahr würde von der datio bonorum possessionis an zu rechnen sein.

55) So erwähnt denn auch Gaius II. 149., um die Rechtsstellung eines bonorum possessor im Allgemeinen zu charakterisiren, nur das Interdictum quorum bonorum.

56) Gai. III. 81.: Item quae debita sunt ei cuius fuerant bona, aut ipse debuit, neque *bonorum possessor* neque bonorum emtor ipso iure debet aut ipsis debentur.

ganz unbeachtet gebliebene) Erhaltene[57]), weil wir gerade erst hieraus ein ungetrübtes Bild von der Stellung des ganzen Instituts der b. p. gegenüber der hereditas gewinnen. Was wir in dieser Hinsicht in den Stellen der classischen Juristen lesen, wird im Wesentlichen, wenn gleich noch nicht so wissenschaftlich entwickelt und durchdacht, auch bereits für Cicero's Zeit anzunehmen sein.

1) Ficticische Klagen auf der activen Seite. Wir finden dieselben noch von Hermogenian ganz in gleichem Sinn, wie von Gaius, dargestellt.

fr. 15. de Carbon. ed. 37. 10.: Haec bonorum possessio, si satisdatum sit, non tantum ad possessionem apiscendam [hierunter ist offenbar das Interdictum quorum bonorum verstanden] sed *ad res etiam persequendas et debitum exigendum* et collationem bonorum et dotis et omnium quae conferri diximus prodest.

Eine genaue Angabe des formellen Baues dieser ficticischen Klagen enthält Gaius IV. 34.:

Habemus adhuc alterius etiam generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui *ex edicto* bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit: cum enim praetorio iure, sed non legitimo succedat in locum defuncti, *non habet directas actiones*, et neque id quod defuncti fuit potest intendere SUUM (ESSE, neque id quod defuncto de)bebatur potest intendere DARE SIBI OPORTERE; itaque *ficto se herede* intendit veluti hoc modo: IUDEX ESTO. SI AULUS AGERIUS, id est ipse actor,

57) Ich habe es in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 202. 238 ff. zusammengestellt.

LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI PARET FUNDUM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM EIUS ESSE OPORTERE [58]); vel si i(n personam ag)atur, praeposita simili fictione intentio (Heffter, Huschke; nicht zutreffend Böcking's „legis actionis") ita subicitur TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO [AGERIO] SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE.

Insbesondere rücksichtlich der obligatorischen Klagen liegt hierin, daß der bonorum possessor, auch wenn es ihm bevorstand, daß der heres ihm die b. p. zur sine re machen konnte, zunächst doch vollständig legitimirt war, die Erbschaftsschulden einzuklagen. Zahlte in Folge der Anstellung der fictitia actio der Debitor, so wurde er damit liberirt [59]), und war

58) Früher behauptete Savigny, Verm. Schr. II. S. 232., daß der bonorum possessor die dinglichen Einzelklagen nicht habe, was er dann zurückgenommen hat. a. a. O. A. 3.

59) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 202. A. 2. — Der bonorum possessor steht hier völlig anders, wie jeder gewöhnliche possessor hereditatis, der (sei er bonae, sei er malae fidei possessor) eine Erbschaftsforderung eintreibt, auf die er doch weder eine directa noch fictitia actio hat. Ist diesem hereditatis possessor dennoch gezahlt worden, so wird dadurch der zahlende Debitor dem wirklichen Erben gegenüber nicht liberirt und das Gezahlte kann mit der cond. ind. zurückgefordert werden. Dagegen wenn der Erbe vom possessor hereditatis mit der hereditatis petitio die Erbschaft einfordert, so muß der possessor das an ihn vom Debitor Gezahlte an den Kläger zusammen mit der übrigen Erbschaft restituiren; und sobald auf diese Weise der gezahlte Betrag in des wirklichen Gläubigers (des Erben) Hände kommt, so tritt nunmehr die Liberation des Debitor ein, dem aber damit auch die

die bonorum possessio cum re, d. h. vermogte kein heres dem bonorum possessor die hereditas zu evinciren, so verblieb nun auch der Betrag der Zahlung beim bonorum possessor. Machte aber der heres die bonorum possessio zur sine re, so gehörte der Betrag der Zahlung zu den überhaupt nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu restituirenden Vermögensobjecten. Der Debitor mußte immer dem mit der directa actio gegen ihn klagenden heres gegenüber seine Zahlung, die ja von dem in rechtsgültiger Weise (ex edicto) zur bonorum possessio Gelangten durch Klage erzwungen werden konnte, als eine gültig erfolgte anrechnen, also nochmalige Zahlung weigern dürfen. Andererseits aber ist die Voraussetzung dieses Zurückwirkens der Zahlung auf den die hereditas vom bonorum possessor Evincirenden, daß Letzterer auch sicher der heres ist. Dies constatirt sich processualisch dadurch, daß im Erbschaftsproceß die Erbberechtigungsfrage auch materiell untersucht wird. Defendirt daher der bonorum possessor, indem er vom heres belangt wird, die hereditas nicht, und wird deshalb, ohne daß Kläger sein Erbrecht nachweist, durch das Interdict quam hereditatem eine Translation des Besitzes vorgenommen, so muß es nun

zunächst gegen den possessor hereditatis begründete condictio indebiti entzogen wird. Fr. 31. §. 5. de her. pet. 5. 3.: Quod autem possessori solutum est, an restituere debeat, videamus: et, si (sive?) bonae fidei possessor fuit sive non, debere restituere placet, *et quidem si restituerit*, ut Cassius scribit et Julianus libro sexto, *liberari ipso iure debitores.* Fr. 34. §. 9 de solution. 46. 3.: Si praedo id, quod a debitoribus hereditariis exegerat, *petenti hereditatem restituerit, debitores liberabuntur.*

auch dem Debitor offen stehen, das Gelangen des dem bonorum possessor Gezahlten an den Kläger zu hindern, also gegen den bonorum possessor, obgleich er ihm sein debitum gezahlt hatte, die condictio indebiti anzustellen. Hierauf kann er dann vom heres, wenn dieser die directa actio gegen ihn anstellt, den wirklichen Beweis der Erbberechtigung, der bei der Translation des Besitzes nicht geliefert worden war, verlangen. Vorstehendes wird unmittelbar bestätigt durch:

fr. 26. §. 11. de cond. ind. 12. 6.: ***Hereditatis vel bonorum possessori***, si quidem defendat hereditatem, indebitum solutum condici potest; ***si vero is non defendat, etiam debitum solutum repeti potest.*** —

Noch eine andere wichtige Frage kommt hier in Betracht.

Ein bonorum possessor, dem das sine re-Werden droht, ist, obgleich er weiß, daß ein Anderer der heres und er selbst non-heres ist, an sich probus pro herede possessor (s. oben Ziffer 49.). Aber doch kann für ihn die Sachlage sich so gestalten, daß (noch vor der Litiscontestation im Erbschaftsproceß des heres gegen ihn) sein Nichtanstellen einer ihm zustehenden fictitia actio und in Folge dessen das tempore Liberirtwerden des Debitors seinerseits einen dolus oder eine culpa involvirt[60]). Dann kann der dem bonorum possessor die hereditas evincirende heres nach dem bekannten Sctum, welches den früheren über die Restitution der Erbschaft noch vielfach schwankenden

60) Insbesondere wenn der bonorum possessor weiß, daß der heres die Erbschaft bereits angetreten hat und gegen ihn auftreten will, und er nun doch das Liberirtwerden des Debitor durch Versäumung der Klage absichtlich herbeiführt.

Grundsätzen erst die erschöpfende forma gegeben hat (fr. 20. §. 6. de her. pet. vgl. oben Ziffer 49. Nr. 1.), dem bonorum possessor diese Versäumung der Klaganstellung als ein dolo oder culpa facere quo minus possideret anrechnen.

Fr. 25. §. 2. de her. pet. 5. 3.: Quod ait Senatus: „eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi *ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent*, perinde condemnandos quasi possiderent", ita intelligendum est, ut et dolus praeteritus in hereditatis petitionem deduceretur: sed et culpa. et ideo ab eo qui ab alio non exegit vel a semel ipso, *si tempore esset liberatus*, peti hereditatem posse: *hoc utique si exigere potuit.*

Diese Stelle geht nicht etwa auf den gewöhnlichen possessor hereditatis [61]), sondern sie setzt einen solchen Erbbesitzer voraus, der in der rechtlichen Lage ist, die Forderungen von den Erbschaftsschuldnern einzutreiben. Dies aber war gerade die Stellung des bonorum possessor, dem das sine re-Werden drohte, indem er mit der ihm gewährten fictitia actio *exigere potuit.* Also der Jurist muß in dieser Stelle, sei es allein, sei es vorzugsweise, von dem Evinciren der hereditas gegenüber dem bonorum possessor, m. a. W. von der b. p. sine re geredet haben. Dies, was schon mit Sicherheit aus der Stelle selbst entnommen werden

61) Denn siehe fr. 31. §. 4. de her. pet.: Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est *debitores liberari* et pauperiores fieri et non eos convenit, *cum actionem non habuerit.* Vgl. überhaupt meine Bon. Poss. II. 2. S. 231. 232. Francke Commentar S. 277—280.

kann, wird uns auch noch besonders durch den Basiliken-scholiasten bestätigt [62]), der ausdrücklich bemerkt:

Hoc olim quidem tractabatur in bonorum possessione sine re (ἐπὶ τῆς σίνε ῥὲ διακατοχῆς), ubi possessor bonorum possessionem sine re petens *hereditarias actiones* intendere poterat.

Diese Stellung des bonorum possessor sine re: daß er, noch vor Anstellung der hereditatis petitio mit Rücksicht auf die zu erwartende Einforderung der Erbschaft, sich vor dolus und culpa in der Beherrschung dieses fremden Vermögens zu bewahren hat [63]), — ist, wie unsere citirte Stelle zeigt, so streng genommen worden, daß er auch, was er selbst dem Erblasser schuldete, gleichartig behandeln mußte. Also wenn in dieser Hinsicht das tempore Liberirtwerden drohte, so mußte er gleichsam a semel ipso exigere, d. h. den Betrag

62) Schol. ad Basil. XLII. 1. l. 25. (Heimb. IV. p. 217. Nr. 5.)

63) Vgl. auch noch fr. 61. de administr. tut. 26. 7. Quod *culpa* tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius aestimatio *in petitione hereditatis* sine ulla dubitatione fieri debebit . . . . . quare cunctatus es, si solvendo non sit tutor, cuius damnum esse debeat? cum alioquin elegantius dicere poterit (dici poterit, dicere potueris?), actiones duntaxat, quas habeat cum tutore pupillus, venditori *(petitori?)* hereditatis praestandas esse, sicuti heres (es muß hier wohl wie in dem vorher mitgetheilten fr. 26. §. 11. de cond. ind. [vgl. die Mommsen'sche Note zu dieser Stelle] gelesen werden: *hereditatis) vel bonorum possessor, si nihil culpa eius factum sit* — veluti si fundo hereditario vi deiectus sit, aut servus hereditarius vulneratus ab aliquo sit sine culpa possessoris — *nihil plus quam actiones, quas eo nomine habet, praestare debeat.*

dieser Schuld als nicht mehr eigenes sondern als Erbschaftsgut ansehen. Und wenn daher dann auch das tempore Liberirtsein in der That eingetreten war, so konnte der heres nichtsdestoweniger diesen Betrag als einen gezahlten und mithin in der Erbschaft liegenden mit der hereditatis petitio einfordern [64]).

Der bonorum possessor sine re erscheint also in dieser Hinsicht ganz als Erbschaftsverwalter, gleichartig einem Administrator fremden Gutes [65]).

74. — 2) Ficticische Klagen auf der passiven Seite. Ebenso wie der bonorum possessor mit ficticischen Klagen auftreten kann, so können auch die Gläubiger gegen ihn mit ficticischen Klagen ihr Recht

64) Ueber die Bedeutung des citirten fr. 25. §. 2. im Justinianeischen und heutigen Recht später; vgl. einstweilen z. B. fr. 6. §. 2. de Carb. ed. 37. 10.: adversarius autem si satisdederit, res quae tempore periturae aut deteriores futurae sint, distrahere debet: item *a debitoribus, qui tempore liberabuntur, exigere debet*, cetera cum pupillo possidebit. fr. 15. eod. Haec bonorum possessio . . . . ad res etiam persequendas et *debitum exigendum* . . . prodest.

65) Vgl. fr. 1. §. 21. de ventre in poss. mitt. 37. 9.: Item si periculum est, ne interim *res usucapiantur*, ne *debitores tempore* liberentur, idem curare debet. §. 22. Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum. So lange die hereditatis petitio noch keine Revocation der vollendeten pro herede usucapio enthielt, wird es hier auch in Betracht gekommen sein, wenn der bonorum possessor sine re (vor Anstellung der her. pet. des heres) dolos oder culpos das pro herede Usucapirtwerden von Erbschaftssachen hatte geschehen lassen.

durchführen. Ulp. XXVIII. 12. „*seu cum iis agatur*, fictitiis actionibus opus est in quibus heredes esse finguntur.

Die Formel war hier:

SI N.^S N.^S L. TITIO HERES ESSET, TUM SI PARET N.^M N.^M A.^O A.^O HS X MILIA DARE OPORTERE[66]).

In einer Digestenstelle wird diese ficticische Eigenschaft der Klage, freilich ohne wörtliche Hervorhebung der Fictionsqualität, dadurch angedeutet, daß sie mit der Publicianischen Klage zusammengestellt wird:

fr. 35. de o. & a. 44. 7. (Paul.): In *honorariis* actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. . . . . Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, *ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri*, item Publiciana quae ad exemplum vindicationis datur[67]). Sed cum rescissa usucapione redditur[68]), anno finitur, quia contra ius civile datur[69]).

66) Rudorff RG. II. S. 103. — Rücksichtlich der Feststellung der Thatsache des Agnoscirthabens der bonorum possessio Seitens des Beklagten bestand interrogatio in iure. fr. 2. de int. i. iur. 11. 1. (Ulp.): Edictum de interrogationibus ideo praetor proposuit, quia sciebat difficile esse ei, *qui* heredem *bonorumve possessorem convenit,* probare aliquem esse heredem bonorumve possessorem. fr. 22. eod.

67) §. 4. I. de actionib. 4. 6.

68) §. 5. I. de actionib.

69) Vgl. auch die trotz ihrer Lückenhaftigkeit doch ihrem Sinne nach sichere Stelle von Gai. III. 81. (nach Huschke's Restitution): Idem *quae debi(ta sunt ei,*

Wenn wir uns bei einer vom bonorum possessor (auf Grund einer solchen durchgeführten actio fictitia des Gläubigers, oder auch ohne Einlassung auf einen sicher zu gewinnenden Proceß) vorgenommenen *solutio* eine bonorum possessio cum re denken, so ist einfach hiermit das Schuldverhältniß erledigt und die Sache abgethan. Am eigenthümlichsten aber tritt die rechtliche Stellung des bonorum possessor wiederum dann hervor, wenn wir eine b. p. sine re voraussetzen, also annehmen, daß nach der vom bonorum possessor dem creditor gemachten solutio der heres dem bonorum possessor die hereditas evincirt. Um aber dies richtig zu verstehen, muß zunächst vorausgeschickt werden, in welcher Rechtsstellung sich ein gewöhnlicher possessor hereditatis befindet, der in dem guten Glauben Erbe zu sein einen Erbschaftsgläubiger befriedigt, und dem hinterdrein vom wahren Erben die Erbschaft abgefordert wird.

cuius fuerant bona), *aut ipse debuit*, neque bonorum possessori (neque) bonorum emtori ipso iure debent(ur, aut ipsi debent, et i)d(eo) de omnibus rebus (utilibus actionibus et experiuntur et conveniuntur quas inferius pro) ponemus. — In einer Pandektenstelle werden diese gegen den bonorum possessor von den Creditoren anstellbaren Klagen unter dem Namen der *hereditariae actiones* mittelbar erwähnt. fr. 4. §. 21. 22. de fid. lib. 40. 5. Es wird hier gesagt, daß der cui lib. cons. causa bona addicuntur dem bonorum possessor assimilirt werde, und demgemäß das ius sepulcrorum haben könne. Ob er aber auch, fragt Ulpian weiter, conveniri *a creditoribus* possit *hereditariis actionibus*, d. h. ebenso wie diese hereditariae actiones gegen den bonorum possessor gehen; s. oben Ziffer 64. Nr. 4.

Man muß sich hiebei vergegenwärtigen, daß der Erbschaftsgläubiger gegen solchen Erbschaftsbesitzer de iure keine Klage hat. Denn nicht das Besitzen des Erbschaftsvermögens begründet die juristische Verbindlichkeit zur Zahlung der Schuld, sondern lediglich die im Erbewerden liegende Fortführung der Persönlichkeit des verstorbenen Debitors, die von dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer nur irrthümlich vertreten wird. Es ist also einleuchtend, daß, obgleich der geschuldete Betrag in der That an den richtigen Gläubiger gelangt ist, doch in dem Zahlungsacte des possessor hereditas an ihn keine rechtsgültige das Schuldverhältniß tilgende solutio liegen kann. Mithin muß es dem zahlenden possessor hereditatis, der ein indebitum zahlte, offen stehen, die condictio indebiti gegen den Creditor anzustellen:

fr. 19. §. 1. de cond. ind. 12. 6. (Pomp.): Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit, veluti si (is qui) *heredem se vel bonorum possessorem falso existimans creditori hereditario solverit:* hic enim neque verus heres liberatus erit et is quod dedit repetere poterit: quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit[70]).

70) Auf den ersten Blick scheint dieser Stelle völlig entgegen zu stehen l. 5. C. de her. pet. 3. 31. (Antonin. 213.): de hereditate, quam *bona fide possidebas*, si contra te pronuntiatum est, in restitutione eius *detrahetur, quod creditoribus* eiusdem hereditatis *exsolvisse* te bona fide probaveris; *nam repeti a creditoribus, qui suum receperint, non potest.* (s. unten A. 72.)

Dasselbe sagt auch das nur nach einer anderen Richtung hin in seiner Lesart bedenkliche

fr. 38. §. 2. de solut. 46. 3. (Afric.): De peculio cum domino actum est; is damnatus solvit. Et fideiussores pro servo acceptos liberari respondit; eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse argumentum esse, quod, cum iudicatum solvi satisdatum est et damnatus reus solvat, non solum actione iudicati sed etiam ex stipulatu et ipse et fideiussores liberentur. Et magis simile esse, quod *cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit*, *heres non liberetur*; tunc enim propterea id evenire, quod ille *suo nomine* indebitam pecuniam dando *repetitionem eius haberet*.

Die vollkommene Uebereinstimmung dieser und der vorhergehenden Stelle rücksichtlich des, *suo nomine* indebitam pecuniam zahlenden, gutgläubigen possessor hereditatis ist einleuchtend. Sonderbar ist nur die Verknüpfung der in der letztmitgetheilten Stelle aneinandergereihten Fälle. Der Jurist spricht zunächst von der Möglichkeit, daß man durch eine und dieselbe Zahlung verschiedene Personen liberiren und verschiedene Schuldgründe tilgen könne; wie der de peculio belangte und zahlende dominus gleichzeitig sich und den vom servus gestellten Bürgen befreit; und wie der aus der satisdatio iudicatum solvi Zahlende zugleich seine eigene Judicats- und Stipulationsschuld und zugleich die des Bürgen tilgt. Dagegen mit dem in gutem Glauben zahlenden possessor hereditatis ist es gerade umgekehrt; er tilgt keine eigene Schuld und weil er ein rückzuforderndes indebitum zahlt, so tilgt er auch die Erbschaftsschuld des wahren Erben nicht. Man muß deßhalb wohl den Text der Stelle als verderbt anneh-

men, und gerade entgegengesetzt lesen: Et magis *dissimile* esse [71]).

Dem zahlenden Erbschaftsbesitzer gegenüber steht nun der ihn mit der her. petitio belangende heres folgendermaßen. a) Durch die Zahlung des possessor wird der heres nicht liberirt. Der possessor hat in der, ihm gegen den die Zahlung empfangenden Gläubiger zustehenden [72]), condictio indebiti ein selbstän-

71) Daß so zu lesen sei, ist von jeher die überwiegende Ansicht gewesen. Glossa ad h. l. „*et magis* scilicet quam dissimile.“ Bartolus ad h. l. „Venio ad finem. Quaero quae (dis-)similitudo sit inter versum primum et finalem, cum videatur dissimilitudo? dic ut in glossa, et clare.“ Cuiacii Observ. XI. 34. „nondum abscedam hoc titulo vel non antequam monuerim et in l. cum quis §. de peculio veriorem esse eam scripturam quam Accursius adnotavit: „et magis dissimile esse.“ Unrichtig sagt Pothier Pand. h. t.: recte Cuiacius monet legendum: *nec dissimile esse.*“ Weitere Literaturnotizen bei: Schulting-Schmallenburg, Notae ad Dig. h. l. VII. p. 104. Vgl. auch Francke Commentar S. 324. Note 4. — Auf anderem Wege versucht die neue Mommsen'sche Digestenausgabe zu helfen, indem sie fordert, daß der ganze Satz et magis simile esse, rel. in den vorhergehenden Paragraphen herübergerückt werde.

72) Diese condicti indebiti des Besitzers und Nichtliberirung des heres setzt übrigens, wie bemerkt, voraus, daß der bonae fidei possessor die Erbschaftsschuld *suo nomine* bezahlte, und dies wird dann der Fall sein, wenn die Zahlung vor Anstellung der *her. petitio* erfolgte. War dagegen der Erbschaftsproceß schon im Gange, und zahlte nun erst der Erbschaftsbesitzer, so ist es eine Zahlung nomine der strei-

diges Vermögensobject in Händen. Danach muß der *bonae fidei* possessor, der eben nur Alles zu restituiren hat, um was er durch den Erbschaftsbesitz reicher geworden ist, dem klagenden heres diese condictio indebiti cediren, und damit ist der heres gegenüber dem Gläubiger schon genügend gedeckt. Dafür darf nun aber auch mit Recht der possessor im Erbschaftsproceß dem heres die Zahlung als eine aus der Erbschaft gemachte anrechnen, und also von dem übrigen Erbschaftsgelde ebensoviel kürzen. Uebrigens da mit der cedirten condictio indebiti der heres, wenn er vom creditor belangt würde, demselben das eben Gezahlte doch gleich wieder entziehen würde, so muß nun auch von vorn herein der heres dem ihn belangenden Creditor die exceptio doli entgegenstellen können. b) Ist dagegen der die Zahlung an den Gläubiger vornehmende possessor hereditatis ein *praedo* (der sich damit vielleicht um so mehr den Schein der wirklichen Erbberechtigung zu geben wußte), so braucht der gegen ihn klagende heres sich die Anrechnung des Gezahlten bei der Erbschaftsrestitution nur dann gefallen zu lassen, wenn er, der possessor, dem Erben Caution stellt, daß er ihn, falls der Creditor nochmals vom Er-

tigen Erbschaft. Eine solche Zahlung liberirt, wie wir aus fr. 48. (49.) de neg. gest. 3. 5. sehen, den Erben; erzeugt also auch keine condictio indebiti für den zahlenden Erbschaftsbesitzer. Von solcher Zahlung während des Erbschaftsprocesses redet offenbar die l. 5. C. cit., indem sie in der unmittelbaren Verbindung der Worte *de hereditate . . si contra te pronuntiatum est* deutlich das schon Angestelltsein der her. petitio voraussetzt. Vgl. auch Francke Comm. S. 322—331.

den Zahlung verlangen sollte, dagegen defendiren werde [73]). —

Nach dieser Betrachtung der Stellung eines zahlenden possessor hereditatis kehren wir zu unserer Frage vom zahlenden bonorum possessor, und seiner Stellung gegenüber dem die hereditas nachher evincirenden heres, zurück. Da gegen den bonorum possessor die Gläubiger mit einer fictitia actio auftreten, also der bonorum possessor zur Zahlung gezwungen werden kann [74]), so muß nothwendig die erfolgte Zahl-

73) Fr. 31. pr. de her. pet. 5. 3. (Ulp.): Si quid possessor solvit creditoribus, *reputabit*, quamquam ipso iure non liberaverit petitorem hereditatis: nam *quod quis suo nomine solvit*, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideo Julianus libro sexto Digestorum scribit, ita id imputaturum possessorem, si caverit [a; zuzusetzen nach Brenckmann's Conjectur] se petitorem defensum iri. Sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere videndum erit, quia in eo quod solvit non videtur locupletior factus: *nisi forte habeat condictionem* et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere: finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. Et videtur mihi Julianus *de solo praedone ut caveat* sensisse, non etiam de *bonae fidei possessore: condictionem tamen praestare debebit.* Sed et petitor si a creditoribus conveniatur, *exceptione* uti debebit.

74) Der bonorum possessor kann „iudicium accipere vel per se vel per alium sed cum satisdatione". fr. 63. de iud. 5. 1. (v. Ulpian aus dessen l. 49. ad ed. zusammen mit fr. 1. de succ. ed. 38. 9. und fr. 2. quis ordo 38. 15.) — Wenn der bonorum possessor da, wo er zahlen müßte, nicht zahlt, so gilt dies als Verstoß gegen richtige Defension; fr. 63. cit.

ung eine juristische Befriedigung des Gläubigers enthalten. Davon ist dann wieder die Folge, daß durch die Zahlung des bonorum possessor, dessen bonorum possessio hinterdrein zur sine re wird, der evincirende heres nebst etwaigen Bürgen von vorn herein liberirt wird. Also kann der bonorum possessor natürlich auch bei der Herausgabe der hereditas an den evincirenden heres gleich die gemachte Zahlung anrechnen, ohne daß dabei die Klagencession oder die Caution wegen Defendirens vorkommt, die so eben für den gewöhnlichen possessor hereditatis erwähnt wurde. Wir finden dies ausdrücklich ausgesprochen im fr. 95. §. 8. de solut. 46. 3. (Pap.): Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit, et tantum ad eum pervenit, *quantum, si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem,* non potest dici, fideiussores liberari; neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo hereditas evincitur.

Der die Erbschaft besitzende Gläubiger kann nicht einfach dem die Erbschaft evincirenden Erben gegenüber sagen, er habe sich aus der Erbschaft bezahlt gemacht. Demgemäß gelten die Bürgen nicht als liberirt, sondern der Gläubiger ist an sich voll restitutionspflichtig in Betreff der Erbschaft, und hat erst jetzt dabei in der rechtlich geeigneten Weise seine Forderung gegen den heres geltend zu machen. Anders würde es sein, wenn ein Anderer als bonorum possessor ihm die Zahlung gemacht hätte, und offenbar ist es für die daraus hervorgehende Liberation des heres und seiner

und fr. 10. de adm. tut. 26. 7., welche letztere Stelle ebenfalls aus Ulpian's l. 49. ad ed. ist.

fideiussores ganz gleichgültig, ob von diesem bonorum possessor hinterdrein die Erbschaft noch wieder evincirt wird oder nicht.

75. B. Das *Interdictum quorum bonorum.* Die Bedeutung dieses Interdicts hat vielfache Wandlungen durchgemacht, und muß deßhalb, um vollständig dargelegt werden zu können, an verschiedenen Stellen des Commentars entwickelt werden. Hier zunächst ist nur dasjenige zusammenzufassen, was mit Sicherheit oder doch hoher Wahrscheinlichkeit bereits der ursprünglichen, zu Cicero's Zeit noch bestehenden, Gestalt der bonorum possessio zugeschrieben werden muß. Ich theile es in zwei Punkte:

AA. Zuerst die Interpretation der uns erhaltenen Edictsworte dieses Rechtsmittels.

Fr. 1. pr. quor. bon.: Ait praetor: QUORUM BONORUM EX EDICTO MEO ILLI POSSESSIO DATA EST, QUOD DE HIS BONIS

1) PRO HEREDE AUT PRO POSSESSORE POSSIDES,
2) POSSIDERESVE, SI NIHIL USUCAPTUM ESSET,
3) QUODQUE[75]) DOLO MALO FECISTI UTI DESINERES POSSIDERE,

ID ILLI RESTITUAS.

75) Savigny Verm. Schr. II. S. 228. A. 1. führt mit Recht aus, daß „quodque" statt „quod quidem" zu lesen ist, s. auch Huschke de caus. Sil. Studien S. 12. n. 20. — Rudorff ed. perp. p. 204. hält an dem quod quidem fest. — Nach Vat. Fr. 90. lautete es auch beim Interdictum quod legatorum: quodque. Vgl. übrigens auch l. 2. C. quor. bon.: „dolove malo", und die Basiliken XL. 9. l. 1. (H. IV. p. 87.): *ἢ εἰ δόλῳ ἐπαύσω νέμεσθαι (aut* si dolo desieris possidere).

Diese Worte [76]) haben große Schwierigkeiten erregt, insbesondere ist über das Verständniß der Nummer 1. und 2. noch immer bedeutende Meinungsverschiedenheit. Ob aus dem Tenor des Interdicts die Nummer 2. später weggefallen ist, indem sie in einem Diocletian'schen Rescript, welches sich auf diesen Tenor ausdrücklich bezieht, fehlt, kann hier noch nicht untersucht werden [77]). Jedenfalls zur Zeit Ulpian's, von dem das fr. 1. pr. quor. bon. herrührt, geht das Interdict gegen drei Kategorieen: gegen den pro herede und pro possessore possessor, gegen den der pro herede usucapirt hat, und gegen den s. g. fictus possessor.

1) Die Begriffe des pro herede und pro possessore possessor sind oben bereits erläutert worden. Danach ist im Sinn des Gaius und des Ulpian [78]) auf Grund der Rechtsänderungen des Hadrian'schen Senatusconsults unter dem pro herede possessor nur noch die proba pro herede possessio, unter dem pro possessore possessor sowohl der improbus pro he-

76) Es ist nicht sicher, ob Gaius IV. 144. diese Worte ganz aufgenommen (wie Böcking ed. 5. meint), oder den Passus possideretve si nihil usucaptum esset weggelassen hat (Huschke Jur. Antei.).

77) L. 2. C. quor. bon. 8. 2.: quae cum moreretur eius fuerunt, secundum interdicti quorum bonorum tenorem ab his, *qui pro herede vel pro possessore possident dolove malo fecerint quo magis desierint possidere*, tibi rector provinciae restitui efficiet.

78) Das fr. 12. de her. pet. 5. 3. ist, wie oben schon bemerkt wurde, aus der Erörterung Ulpian's über das Interdict quorum bonorum (l. 67. ad edict.) Vgl. Ziffer 55.

rede possessor (qui per mendacium contendit se heredem) wie der aus singulärem Grunde bösgläubig Besitzende (qui nec contendit se heredem) verstanden.

2) Was heißt nun aber der zweite Passus? Betrachten wir nacheinander alle überhaupt denkbaren Möglichkeiten.

a) Bei dem possideresve wird lediglich das letztvorhergehende *pro possessore* supplirt. So nimmt es Savigny [79]), und da er selbstverständlich (ohne sich weiter auf diese Frage einzulassen) unter diesem pro possessore possessor, welcher usucapirt, den improbus pro herede possessor versteht, so wäre demnach der Rechtssatz des Interdicts der: einem probus pro herede possessor wird durch das Interdict die vollendete pro herede usucapio nicht alterirt. Nehmen wir daher folgenden Fall. Der nächste Intestaterbe, nichts wissend von der Existenz eines Testaments, hat in gutem Glauben die Erbschaft sogleich mortis tempore in Besitz genommen. In dem vorhandenen Testamente sind vier gradus gemacht, von denen die drei ersten die ihnen zustehenden 100 Tage der Agnitionsfrist verstreichen lassen, und der dritte Substitut agnoscirt seine bonorum possessio am 70ten Tage der für ihn laufenden 100 tägigen Frist, so kann er gegen jenen probus pro herede possessor schon gar nichts

79) Savigny a. a. O. S. 239. A. 2. „das possideresve kann, der Wortverbindung nach, entweder allein auf das unmittelbar vorhergehende pro possessore gehen, oder auf beide Fälle (pro herede und pro possessore) zugleich. Das Erste ist mir aus inneren Gründen wahrscheinlicher."

mehr ausrichten. Denn dieser hat in den bereits abgelaufenen 365 Tagen die sämmtlichen Erbschaftssachen usucapirt. In derartigen Fällen würde also überhaupt die Agnition einer bonorum possessio wegen schon vollendeter pro herede usucapio werthlos gewesen sein.

Savigny beruft sich für seine Ansicht auf „mehrere Stellen, in welchen im Allgemeinen die Usucapion als mögliche Ausschließung des Interdicts sowohl als der hereditatis petitio bezeichnet wird, was mit der entgegengesetzten Meinung nicht zu vereinbaren wäre.“ Er citirt dafür einerseits die eben erwähnte l. 2. C. quor. bon. (in welcher der Passus von der Usucapion ganz weggelassen ist), welche aber doch ganz anders verstanden werden kann, als daß darin die Anerkennung der proba pro herede usucapio ausgesprochen wäre. Auf die andere citirte Stelle l. 3. C. de ed. div. Hadr. toll., als lediglich sich auf die hereditatis petitio beziehend, braucht hier zunächst nicht eingegangen zu werden. Es kommt also für diese vorerst noch unbewiesene Savigny'sche Ansicht darauf an, ob sie mit dem sonst über die practische Bedeutung des Interdicts uns Bekannten überhaupt vereinbar erscheint.

Bei dieser ganzen Frage aber, vom Inhalte des die pro herede usucapio betreffenden Passus des Interdicts, ist noch von ganz entscheidender Wichtigkeit, welcher Zeit wir die Entstehung dieses Passus zuschreiben dürfen, und leider haben wir hierüber keinerlei Quellennachricht. Wir sind also ganz auf Schlußfolgerungen der inneren historischen Combination angewiesen. Savigny hatte in dieser Hinsicht angenommen (S. 238.), daß erst nachdem durch das Hadrian'sche Senatusconsult die pro herede usucapio mittelst der here-

ditatis petitio für revocabel erklärt war (Gai. II. 57)[80]), in der Interdictsformel der gleiche Zusatz gemacht worden sei. In späterem Zusatze aber erkennt Savigny auf Grund der in meiner Bon. Poss. I. S. 101—107. gegebenen Ausführung[81]) an, daß der neueren Ansicht mehrer Schriftsteller erhebliche Gründe zur Seite stehen, wonach der Schutz gegen die pro herede usucapio von jeher ein Hauptpunkt unter den durch das Interdict gewährten Befugnissen gewesen und umgekehrt durch das Hadrian'sche Senatusconsult ein gleichartiger Schutz auf die hereditatis petitio übertragen worden sei.

An dieser früher entwickelten Ansicht muß ich, obgleich ich einräume, daß ich dafür keinerlei Quellennachweis zu geben vermag, auch noch jetzt festhalten. Es sind gerade die großen und so deutlichen Züge des Entwicklungsganges dieser erbrechtlichen Verhältnisse, welche mir diese Annahme mit Nothwendigkeit zu fordern scheinen: Das alte Recht hat nicht die nöthigen Mittel, um den Berufenen zur baldigen Antretung zu treiben; ut maturius hereditates adirentur wird dann das unbeholfene Institut der pro herede usucapio (mit Erwerb des Erbrechts selbst) angenommen; dann aber sinkt diese pro herede usucapio zu einer nutzlosen und zu improbirenden Ersitzung einzelner heres heredita-

80) Hereditatem petendo *perinde* eam consequi, *atque si usacapta non esset.* Das ist ganz (oder fast ganz) gleichen Sinnes, wie wenn es hier beim Interdict heißt, man solle belangt werden, als wenn man ohne Rücksicht auf Usucapion (si nihil usucaptum esset) lediglich noch Besitzer der Sache wäre.

81) Vgl. auch Puchta Curs. d. Instit. III. §. 316. Note c.

riae herab, und dem gegenüber wird es doch wohl gegenwärtig von Allen (wie auch im Uebrigen die Ansichten über den Ursprung auseinandergehen mögen) anerkannt, daß es jedenfalls eine der wichtigsten Functionen des Instituts der bonorum possessio gewesen ist, der pro herede usucapio entgegenzuwirken und sie durch bessere Regulirung der erbrechtlichen Besitzzustände möglichst bei Seite zu schieben. Das aber ist nur denkbar, wenn wir den in der Interdictsformel vorliegenden Passus über die Revocation der pro herede usucapio (bei dem ja auch keinerlei äußeres Moment auf eine erst spätere Einschiebung hindeutet) als von Anfang an darin stehend, annehmen. Und gerade unter dieser Voraussetzung wird es erst recht erklärlich, daß so lange (bis in die classische Zeit hinein) das wunderliche nur noch einige Utilitäten gewährende (s. Ziffer 44. bei A. 91.) Institut der pro herede usucapio dem Buchstaben des Rechtes nach überhaupt fortbestehen konnte. Es war ja doch durch die allgemein eingewurzelte Sitte, bonorum possessio zu erbitten, unschädlich gemacht. Diese Unschädlichkeit liegt in dem Passus der Interdictsformel, welcher die pro herede usucapio revocirte. Es lassen sich die Fälle leicht und in großer Zahl herausrechnen, daß bei den vom Prätor gewährten Agnitionsfristen von 100 Tagen oder 1 Jahr ein bonorum possessor erst zur Erbittung der bonorum possessio gelangte, nachdem dem gleich Zugreifenden die pro herede usucapio bereits abgelaufen war. Alsdann wäre dem bonorum possessor die Erbittung dieser seiner bonorum possessio wesentlich nutzlos gewesen, ja (da er nun die incommoda hereditatis zu tragen hatte, ohne die corpora hereditaria einfordern zu können) vielfach gefährlich geworden. Und dagegen sollten die

Römer auf ein so nahe liegendes und bei der Haltlosigkeit des Proherede-Usucapionsinstitutes sicher allgemeinen Beifall findendes Hülfsmittel nicht gekommen sein? Ja noch mehr. Wenn dieser Satz fehlt, so sind manche vom Prätor in der Weiterentwicklung der bonorum possessio entschieden gewollte Rechtseinrichtungen durch die pro herede usucapio bis auf Hadrian sehr leicht zu umgehen gewesen. Der Prätor ist, wie später entwickelt werden wird, dazu geschritten, correctorische Klassen zu constituiren. Z. B. correctorisch hat der emancipatus vor dem proximus agnatus die unde liberi b. p. Darin mußte natürlich auch liegen, daß solch ein bonorum possessor selbst vom besitzenden Agnaten, dem *heres*, durch das Interdictum quorum bonorum die corpora hereditaria mußte einfordern können [82]). Angenommen das Interdict enthielt keine Revocationsclausel der pro herede usucapio, so konnten die Agnaten durch rasches Ergreifen des Besitzes die correctorische Kraft der b. p. unde liberi in Fällen, wo wegen eines vorhandenen und später destitut werdenden Testaments die b. p. unde liberi im Lauf des ersten Jahres nicht agnoscirbar war, wesentlich illusorisch machen. Trat nach Schluß ihres Besitzjahres der Emancipirte gegen sie mit dem Interdictum quorum bonorum auf, so konnten sie ihm die Usucapion der res hereditariae entgegenhalten. — Und auch die correctorische Kraft der contra tab. b. p. konnte wesentlich umgangen werden. Angenommen der zur c. t. b. p. Berechtigte erbat sich seine, in einem Jahr *utile* tempus ihm gebotene, bonorum possessio in Folge

82) Gai. IV. 144.: pro herede autem possidere videtur tam is, *qui heres est* cet.

eines entschuldigten Hindernisses erst nach Ablauf des Jahres, während dessen der gleich zugreifende *scriptus heres* die Erbschaftssachen in Besitz gehabt hatte, so hätte (bis auf Hadrian) Letzterer gegen den Willen des prätorischen Edicts denn doch die Erbschaftssachen auf Grund der pro herede usucapio heimgetragen [83]).

Nimmt man dagegen an, daß der Prätor seine aus dem ganzen Institut der bonorum possessio hervorleuchtende Tendenz der Zurückdrängung der pro herede usucapio in unserer Interdictsclausel [die allein dem heres selbst auch die Erbittung der bonorum possessio wahrhaft wünschenswerth machen konnte [84])] von jeher zum Ausdruck gebracht habe, so ergiebt sich der historische Entwicklungsgang als ein ungemein einfacher und natürlicher. Es war wünschenswerth, daß die Sitte des Agnoscirens der bonorum possessio eine allgemeine werde und bleibe; so war es erklärlich und zu rechtfertigen, daß man die pro herede usucapio als civilrechtliches Institut noch immer bestehen ließ. Bildete es doch den Impuls, auch sogar für die heredes, die bonorum possessio nicht zu versäumen, und gewährte doch eben jedem Sorgfältigen die nicht versäumte bonorum possessio vollständigen Schutz gegen die Unzuträglichkeiten der pro herede usucapio [85]).

83) Vgl. auch fr. 20. pr. de c. t. b. p.: Quodsi hi (scripti heredes) repudiaverint hereditatem — quod facile sunt facturi, *nihil laturi ex hereditate propter eum qui contra tabulas accepit bonorum possessionem* cet.

84) Gai. III. 34.: quibus casibus beneficium in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cuius principium est „Quorum bonorum“ uti possit.

85) Nothwendig hat man deßhalb aber auch gegen Sa-

So bestand die Sache lange Zeit, bis dann endlich in der Mitte der classischen Zeit, unter Hadrian, als überhaupt, wie später erörtert werden wird, hereditas und bonorum possessio schon zur Verschmelzung drängten, man zu der schließlichen Beiseitrückung der pro herede usucapio auch dem heres gegenüber schritt. Aber nun nicht gleich zu einer, legislativ vollständig unbedenklichen, absoluten Aufhebung des Instituts ist man geschritten, sondern nur zu der, sonst doch recht merkwürdigen, relativen Revocation durch Klage[86]), von der man nun einmal im Interdict quorum bonorum das lang feststehende Vorbild vor sich hatte.

76. — b) Die zweite Möglichkeit bei der Interpretation der Edictsstelle ist die, daß man bei possideresve supplirt: *pro herede*. Freilich scheint Savigny dies als etwas von vorn herein Unzulässiges, von dem nicht weiter die Rede sein könne, aufzufassen[87]).

vigny anzunehmen, daß die Revocationsclausel so allgemein, wie sie lautet (si *nihil* usucaptum esset), gegen jeden pro herede Usucapirenden, also auch den probus, qui putat se heredem esse, wie den qui heres est [dem aber wegen der correctorischen Stellung der erbetenen bonorum possessio das Vermögen genommen werden soll], gerichtet gewesen sein muß. Und darin liegt denn eben der aus dem ganzen Zusammenhange des Instituts zu entnehmende Beweis gegen Savigny, daß bei dem possideresve nicht bloß: pro possessore supplirt werden darf.

86) Es ist diese Revocation wohl etwas anders gemeint, als der einfache Begriff der „Restitution gegen die vollendete Usucapion", unter welchen Savigny S. 238. sie bringt (s. unten).

87) Savigny a. a. O. S. 230. „Nach der Stellung

Aber Huschke und Francke (obgleich sie sich auf die Interpretion dieser Stelle nicht weiter einlassen) müssen sie doch nothwendig so verstehen, indem sie, wie oben ausgeführt worden, den Begriff des pro possessore possessor so fassen, daß er überhaupt außerhalb aller pro herede usucapio steht. Danach muß dann also immer, wo etwas usucaptum ist, was jetzt revocirt werden soll, ein pro herede possessor vorausgesetzt werden.

c) Die dritte Möglichkeit vertritt mit Anderen Fitting S. 241.[88]), und zwar behandelt er diese Interpretation als eine so sichere, daß er in ihr einen besonders zutreffenden Beweis für seine Ansicht von dem Begriff des pro possessore possessor findet (Ziff. 55. A. 63.). Er subintelligirt bei possideresve Beides: pro herede aut pro possessore, und schließt darnach: man sehe daraus, daß auch bei dem pro possessore possessor die Möglichkeit der pro herede usucapio vorausgesetzt werde. Findet man nun aber, daß die Gründe Gewicht haben, wonach diese Revocationsclausel der pro herede usucapio schon von jeher Stück des Interdicts gewesen sei, so würde für die vorhadrian'sche Zeit die Fitting'sche Erklärung nicht passen. Denn für diese frühere Zeit kann es doch nach dem oben Entwickelten unmöglich geläugnet werden, daß die Begriffe pro herede possessio und usucapio sich gedeckt haben, und also ein pro herede Usucapient im

der Worte müßte sich diese Verwandlung entweder auf beide vorhergehende Fälle zugleich (pro herede und pro possessore) oder auf den letzten allein beziehen, gewiß nicht auf den ersten allein."

88) Auch ich habe diese Ansicht früher gehabt. Meine Bon. Poss. I. S. 324. A. 16.

Kreise der pro possessore possessores nicht vorhanden war.

d) Alle bisherigen Erklärungsversuche gehen von der allerdings möglichen aber gar nicht nothwendigen Voraussetzung aus, daß das possideresve grammatisch von dem vorstehenden pro herede aut pro possessore beherrscht werde. Sie theilen so ab:

1) quod de his bonis pro herede aut pro possessore

a) possides

b) possideresve si nihil usucaptum esset,

2) quodque dolo malo cet.

Es kann aber ganz ebensogut auch folgendermaßen abgetheilt werden:

1) quod de his bonis

a) pro herede aut pro possessore possides,

b) possideresve si nihil usucaptum esset,

2) quodque cet.

Alsdann haben die Worte folgenden Sinn:

„Was Du von den Erbgütern:

1) besitzest,

2) noch lediglich besitzen würdest, wenn Du nicht bereits Eigenthümer geworden wärest,

3) dolos aufgehört hast zu besitzen."

Danach liegt bei Nr. 2. der Ton nur auf dem Gegensatz von Besitz und Eigenthum. Es soll derjenige, der durch Usucapion Eigenthümer geworden ist, lediglich als Besitzer behandelt werden [89]). Man kann dagegen

89) Also ähnlich wie bei der actio Publiciana des §. 5. I. de act. 4. 6. dem gewesenen Eigenthümer (der nun gleich *dominus* genannt wird) gegen den durch Usucapion dominus Gewordenen (der nun gleich *posses-*

nicht einwenden, trotz des durch die Usucapion erlangten Eigenthums bleibe dieser Usucapient ja doch Besitzer, während in dem „possideresve si nihil“ cet. Etwas ausgedrückt sein müsse, was durch die Usucapion verloren gegangen sei. In dem „possideres si“ liegt nicht nothwendig die Hinweisung auf etwas Verlorenes, sondern kann ganz ebensogut liegen die Bezeichnung von Etwas, das factisch fortbesteht, aber dessen selbständiger juristischer Charakter in einem höheren Rechte untergegangen ist. Der Grundgedanke des auf adipisci der *possessio* gerichteten Interdictum quorum bonorum ist, daß der, welchem der Prätor ein Recht auf die possessio zugetheilt hat (possessionem *dedit)* [90]), gegen den siegen soll, der sich die possessio nur selbst genommen hat d. h. den *possessor* (pro herede und pro possessore). Ist aus dem Besitz dieses Letzteren Eigenthum geworden, d. h. ist der Beklagte nicht mehr bloßer possessor sondern dominus, so würde (wegen der de iure gültigen pro herede usucapio) an sich das Interdict gegen ihn nicht mehr zulässig sein, wenn nicht eben durch diese Revocationsclausel der Usucapion bestimmt wäre, der Eigenthümer solle noch als Besitzer behandelt werden. Also nicht darin liegt der Gedanke dieser Clausel, daß der Eigenthümer Gewordene auf-

sor heißt) rescissa usucapione eine Klage gegeben wird, bei der im Eigenthum des Beklagten nur noch der Besitz in Betracht kommt: permittitur *domino*, si *possessor* rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est ita petere, ut dicat, *possessorem* usu non cepisse, et ob id suam rem esse.

90) oder: „quem, nachdem er b. p. erbeten, nun auch possessorem esse *oportet*.“

hörte Besitzer zu sein, sondern darin, daß ein solcher an sich aufhört im juristischen Sinn dem Kläger als Besitzer gegenüberzustehen.

Durch die Revocationsclausel wird er in diesen Zustand zurückversetzt. Man kann also auch so sagen: das Interdict geht gegen den Besitzer und gegen den gewesenen Besitzer, und zwar letzteres in doppeltem Sinn, nämlich gegen den dessen bloßer factischer Besitzstand einerseits noch im Eigenthum fortlebt und andererseits trotz der dolosen Besitzaufgabe als fortbestehend angenommen werden soll.

Zur Unterstützung dieser Interpretation muß noch besonders hervorgehoben werden, daß auch die Gegner gar nicht so rein aus den Schwierigkeiten des „possideresve si" und der darin liegenden Hindeutung auf etwas Verlorenes herauskommen, wie es auf den ersten Blick nach der Savigny'schen Darstellung den Anschein haben mag. Setzen wir, es solle unsere Clausel so verstanden werden, daß unter dem possideres das pro herede oder pro possessore oder Beides zusammen subintelligirt würde, so käme folgender Sinn heraus: die Klage wird gegeben:

1) gegen den Besitzer pro herede und pro possessore,

2) gegen denjenigen, der noch jetzt pro herede oder pro possessore besitzen würde, wenn er nicht usucapirt hätte.

Darin würde liegen, daß mit der Vollendung der Usucapion die bisherige possessio pro herede oder pro possessore aufhören würde. So faßt es auch in der That Savigny (der aber natürlich, nach seiner Supplirung bloß des pro possessore possessor, hier lediglich von diesem Letzteren redet). Savigny sagt

(S. 237. 238.): Hatte der Besitzer usucapirt, so war sein Besitz eine possessio *pro suo* geworden, er stand mithin nicht mehr unter der Interdictsclausel: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides. Durch die Usucapion entsteht ein Besitz pro suo, wenn vorher ein solcher nicht vorhanden war. — Aber das ist nur so weit richtig, als der pro possessore possessor (seitdem man darunter überhaupt den improbus pro herede possessor rechnete) nach vollendeter Usucapion eine possessio pro suo erlangt. Rücksichtlich des probus pro herede possessor müssen wir sicherlich zur Anwendung bringen, was die Römer von den anderen gerechtfertigten Titeln sagen, daß nämlich vor vollendeter Usucapion das bona fide aus solchem Titel Besitzen immer auch eine possessio pro suo sei[91]). Also die proba pro herede possessio ist immer schon eine possessio pro suo. Und nach vollendeter Usucapion bleibt nun nicht etwa nur die possessio pro suo übrig, so daß der andere gerechtfertigte Titelbesitz aufhörte, sondern die possessio des iustus titulus, aus der man usucapirte, bleibt auch ferner bestehen[92]). Also:

91) Fr. 1. pr. pro suo 41. 10. (Ulp.): Pro suo possessio *talis* est, *cum dominium nobis acquiri putamus* et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo; utputa ex causa emtionis *et pro emtore et pro suo possideo;* item donata vel legata *(vel pro donato vel pro legato) etiam pro suo possideo.*

92) Fr. 3. §. 4. de acq. poss. (Paul.): Ex plurimis (pluribus? Mommsen) causis possidere eandam rem possumus ut quidam putant: et eum qui usuceperit et (eum qui usucaperet? Mommsen) pro

1) ein probus pro herede possessor besitzt nach vollendeter Usucapion sowohl pro suo wie pro herede, ebenso wie auch der heres selbst immer pro herede besitzt;

2) ein improbus pro herede possessor (der vor erledigter Usucapion nicht pro suo besitzt und seit Hadrian mit zu den pro poss. poss. gerechnet wurde) besitzt nach vollendeter Usucapion sowohl pro suo als auch pro herede. Denn wenn der Erbe selbst, und der probus possessor nach Schluß der Usucapion, Beide pro herede besitzen, so muß doch natürlich der in positivrechtlich erlaubter Weise lucrativ, in früherer Zeit zum Erbrecht selbst, in späterer wenigstens zum Sacheigenthum Gelangende auf Grund der erledigten *pro herede* usucapio nun auch eine *pro herede* possessio haben.

Mithin sind Beide: der probus pro herede possessor wie der improbus pro herede (und später pro possessore genannte) possessor, nach Beendigung der Usucapion pro herede possessores. Es ist also nicht richtig, mit Savigny zu sagen, diese hätten, selbst nach den Worten, nicht mehr unter den Bedingungen (der ersten Clausel) des Interdicts gestanden. Vielmehr galt für sie noch vollständig der Passus: quod de his bonis pro herede possides. Daher kann die zweite Clausel: possideresve si nihil usucaptum es-

emtore et pro suo possidere. (Diese Stelle citirt auch Savigny). Fr. 1. §. 1. pro suo (Ulp.): si res mihi *ex causa iusta* puta emtionis tradita sit et usucapiam, *incipio quidem et ante usucapionem pro meo possidere;* sed an desinam *ex causa emtionis* post usucapionem, dubitatur. Et Mauricianus dicitur existimasse, *non desinere.*

set doch nicht so verstanden werden, als wenn damit einfach der frühere Zustand der pro herede possessio wiederhergestellt werde, welcher durch die Vollendung der Usucapion verloren gegangen sei. Vielmehr müssen wir auch hier darauf recurriren, daß in der ersten Clausel die unvollendete Usucapion, in der zweiten Clausel aber die vollendete Usucapion gemeint ist, daß also auch in der zweiten Clausel der Ton auf dem *possidere* im eng. S. d. h. dem eigenthumlosen Besitzen liegt.

Gewinnt man aber mit der gegentheiligen Interpretation gar nicht einmal einen sich scharf abschneidenden Gedanken und muß man doch wieder den Sinn mit hineinziehen, den ich überhaupt für den alleinigen und klaren Sinn der zweiten Clausel halte, so ist auch überhaupt gar kein Grund vorhanden, der zu jener (ich gebe zu: zunächst grammatisch vollständig möglichen) Interpretation hintriebe.

77. Ist die hier gegebene Ausführung richtig, so sind wir auch einfach über alle Schwierigkeiten hinweggehoben, die die vorhadrianische bezüglich nachhadrianische Verschiedenheit des Sinns von pro possessore possessor in einer bisher nicht allein nicht gelösten, sondern, ich mögte behaupten, unlösbaren Weise sonst dem Verständniß unserer Edictsstelle entgegenstemmen würde.

Bei den Worten si nihil usucaptum esset ist natürlich hinzuzudenken: *pro herede* und damit ist ja denn auch vollkommen genau auf Grund des bestehenden Rechts angegeben, wer überhaupt zu dieser Usucapion gelangen kann, so daß eine genauere Angabe dieser Personen bei dem „possideresve“ durchaus unnöthig gewesen wäre. Und in dieser Fassung ist danach die

Clausel vollkommen geeignet gewesen, bei den verschiedenen Gestaltungen der pro herede usucapio unverändert in der Interdictsformel zu stehen, ebenso wie auch in der ersten Clausel das pro herede und pro possessore possides als stets unverändert anzusehen ist, trotzdem daß sich die Bedeutung des pro possessore possessor umgebildet hat.

Rücksichtlich der zweiten Clausel können wir nun also die bisherige Erörterung folgendermaßen zusammenfassen:

1) sie bedeutet: „was Du nur noch besitzen würdest, wenn Du nicht schon *pro herede* usucapirt hättest, also nicht schon Eigenthümer geworden wärest."

2) In der vorhadrianischen Zeit ist hierunter nach damaligem Sprachgebrauch lediglich der *pro herede* possessor (unter welchem man sowohl den probus wie den improbus begriff) verstanden. Man muß zunächst Savigny vollkommen Recht geben, daß, wenn man überhaupt das possideresve von dem vorhergehenden pro herede aut pro possessore grammatisch abhängig ansieht, man das possideresve „gewiß nicht auf den ersteren dieser Punkte allein" zurückbeziehen darf. Dazu würden aber doch Huschke und Francke nach ihrer Ansicht über die pro herede usucapio gezwungen sein, ja sie müßten dies auch sogar für die nachhadrianische Zeit festhalten. Ist aber der Sinn der zweiten Clausel der: quod de his bonis possideres, si nihil pro herede usucaptum esset, so ist für die Zeit vor Hadrian sachlich doch vollständig richtig, bei possideres hinzuzudenken: pro herede.

3) Und umgekehrt nach Hadrian ist, da seither der improbus pro herede possessor unter die pro possessore possessores herübergerückt ist, sachlich

bei dem possideresve hinzu zu denken: pro herede aut pro possessore, also das was Fitting für eine sprachlich nothwendige Supplirung hält. —

Nachdem jetzt der Sinn der zweiten Interdictsclausel vollständig dargelegt ist, bleibt noch übrig, ihre dogmatische Bedeutung zu ermitteln. Ich erwähnte schon, daß Savigny die Sache so ansieht, als sei gegen die vollendete Usucapion Restitution gegeben. Allerdings ist diese Fassung eine durchaus mögliche und durch Parallelen (vgl. den Ziff. 76. A. 89. angeführten Fall) unterstützbare.

Doch aber glaube ich, daß die Sache anders zu fassen ist. Die Worte possideres *si* nihil usucaptum *esset* haben ganz die Formulirung einer Fiction. Der Prätor will nicht speciell eine Rescission der Usucapion aussprechen, wonach die Usucapion als geschehen, aber hinterdrein in Folge des Auftretens des bonorum possessor als wieder aufgehoben erschiene, sondern dem angestellten Interdict gegenüber gilt die Usucapion einfach als nie eingetreten.

78. — 3) Die dritte Clausel des Interdicts ist: quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere [93]). Grammatisch steht diese Clausel mit der voraufgehenden zweiten nicht in näherer Verbindung, sondern stellt sich unmittelbar dem die erste und zweite Clausel zusammenfassenden *quod* de his bonis possides possideresve gegenüber. — Also nach der grammatischen Abtheilung muß zweierlei im Interdict restituirt werden: 1) das Besessene (gleichviel ob die

93) Ein Anwendungsfall dieser Clausel findet sich in fr. 28—30. de furt. 47. 2.

Usucapion noch nicht oder schon abgelaufen ist) 2) das Nichtbesessene, in Betreff dessen der Beklagte bei der Besitzaufgabe sich in dolo befand.

Diese letztere Clausel ist mithin eine grammatisch selbständige, und während wir das vorhergehende nach Gründen, die aus dem Entwicklungsgange der bonorum possessio sich ergeben, als den von Anfang an vorhandenen Bestand des Interdicts zu bezeichnen haben, so werden wir umgekehrt die Clausel vom dolos Desinirenden wohl als einen späteren Zusatz ansehen müssen. Ueberhaupt ist dies ein Punkt, der gar nicht speciell im Gebiete des Instituts der bonorum possessio liegt, sondern seine geschichtliche Entwicklung gleich durch eine ganze Reihe von Klagen und Instituten genommen hat [94]. Einige Andeutungen mögen hier genügen.

a) Eine Stelle [95]) giebt uns an, daß diese Clausel im prätorischen Edict, und zwar speciell bei den Interdicten, vielfach oder mehrfach zur Anwendung komme:

Fr. 68. §. 1. pro socio 17. 2. (Gai.): ex interdictis . . in quibus ita est: „quod dolo fecisti ut desineres possidere.“

Demgemäß finden wir sie denn auch, abgesehen von unserem Interdictum quorum bonorum [96]), in mehren uns erhaltenen Interdictsformularen:

dem *Int. quod legatorum*, fr. 1. §. 7. quod leg.

94) Vgl. auch Valer. Probus. 6. D. V. M. T. F. E. dolo(ve) malo tuo factum est. Huschke Jurispr. Antei. p. 74.

95) Rudorff Edict. perp. (1869.) p. 205. n. 10.

96) Ebenso gewiß auch bei dem Int. sectorium und possessorium. Rudorff Edict. perp. p. 235.

43. 3.: quod ait praetor „aut dolo desiit possidere“; Fr. Vat. 90. (Int. utile) „quodque dolo malo fecisti quo minus possideres, utereris fruereris;“

dem *Int. de tabulis exhibendis*, fr. 1. pr. de tab. exh. 43. 5. „aut dolo malo tuo factum est ut desinerent esse;“

dem *Int. de precario*, fr. 2. pr. de precar. 43. 26.: „aut dolo malo fecisti, ut desineres habere.“ fr. 8. §. 3. eod.

dem *Int. de lib. exhib.*, fr. 1. pr. de lib. exh. 43. 30.: „dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset“ [97]).

b) In einem Falle finden wir die Clausel ausdrücklich in einer *lex* angeordnet, fr. 64. §. 7. sol. matr. 24. 3. (Ulpianus ad l. Jul. et Pap.): Adiicitur in lege, ut et si dolo malo aliquid factum sit, quo minus ad eum perveniat, teneatur.

c) Sodann konnte diese Formel eine wichtige Verwendung finden bei Stipulationsformularen.

In dieser Hinsicht ist es von Interesse, daß das in den Quellen vorliegende Material geschichtliche Anhaltspunkte giebt, wann ungefähr man den Beginn der Verwendung der Formel zu setzen hat.

Es ist uns nämlich die *Aquiliana stipulatio* an zwei Orten des Corpus Juris erhalten. Im fr. 18. §. 1. de accept. 46. 4. theilt Florentin die offenbar ursprüngliche Formel mit (eius rei stipulatio, quam

97) Vgl. auch fr. 1. pr. si ventris nom. muliere in poss. missa 25. 5. (Ulp.): Idcirco constituit actionem in mulierem quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit.

acceptio [acceptilatio] sequatur, *a Gallo Aquilio talis exposita est)*.

. . . quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides, quanti quaeque earum rerum res erit cet.

Also Gallus Aquilius hat das bei den actiones petitiones persecutiones, und bei dem im Innehaben des Gegners Befindlichen, nach den bestehenden Rechtssätzen vom fictus possessor zu Leistende noch nicht in seine Stipulation aufgenommen, ein Beweis, daß damals dieser Punkt im römischen Recht noch sehr wenig hervorgetreten sein wird. Dagegen in dem späteren [98]) in den Institutionen uns aufbewahrten Formular der Aquilianischen Stipulation ist dieser Punkt auf Grund der im Verlauf der classischen Jurisprudenz vorgegangenen Rechtsentwicklung geändert worden:

§. 2. I. quib. mod. obl. toll. (3. 29.): quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque abs te petitio, vel adversus te persecutio est erit, quodque tu meum habes tenes possides [possideresve] *dolove malo fecisti quo minus possideas*, quanti quaeque earum rerum res erit, cet.

Ferner wird uns die beim Erbschaftsverkauf zu schließende Stipulation [99]) an mehren Stellen bloß in folgender Fassung mitgetheilt:

Fr. 97. de V. S. 50. 16. (Cels.): Cum stipulamur: „*quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenit* (vgl. noch fr. 37. pr. de pecul. 15. 1. fr. 20. §. 1. de stip. serv. 45. 3.),

98) Vgl. auch v. Salpius Nov. & Del. S. 165.
99) v. Salpius Novation S. 225.

während in fr. 50. §. 1. de V. O. 45. 1. unsere in Rede stehende Clausel mit aufgenommen ist:

(Ulp.) Item stipulatione emtae hereditatis: *quanta pecunia ad te pervenerit*, *dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat*,

worauf sich dann die genauere Interpretation dieses Begriffs in fr. 2. §. 5. de her. vel act. vend. 18. 4. stützt.

d) An die bei einzelnen Klagen, insbesondere Interdicten, vom Prätor ins Edict eingefügte Clausel lehnte sich für parallel liegende Fragen bei anderen Interdicten und actiones die analogische Verwendung von Seiten der Juristen. In dieser Hinsicht sehen wir den Labeo und seine Zeit besonders folgenreich hervortreten [100]).

Fr. 8. 9. §. 2—4. fr. 11. §. 2. fr. 14. 15. ad exhib. 10. 4. (Pomp.): ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum, neque dolo feceris, quo minus possideres.

Fr. 2. §. 42. ne quid in loco publ. 43. 8. (Ulp.): Hoc interdictum locum habet etiam adversus eum, qui dolo malo fecit, quo minus possideret vel haberet; etenim *parem esse conditionem oportet eius qui quid possideat vel habeat*, *atque eius*, *cuius dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet;* et mihi videtur vera *Labeonis sententia.*

Fr. un. §. 13. ne quid in flum. publ. 43. 13. (Ulp.): In hoc interdicto restitutorio *non est iniquum, ut Labeo ait*, venire etiam, quod dolo factum est, quo minus haberes.

100) Meine Bon. Poss. I. S. 324. A. 17. Schmidt in der Ztschr. f. gesch. R.W. XV. S. 63. A. 24.

Fr. 7. §. 2—5. fr. 8. de tribut. act. (14. 4.) (Ulp.): Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria actio datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, praestet .... Sed et si negaverit dominus cuiquam deberi, videndum erit, an tributoriae locus sit? Et est verior ***Labeonis sententia*** tributoriam locum habere; alioquin expediet domino negare.

Fr. 21. pr. de pecul. (15. 1.) (Ulp.): Summa cum ratione etiam ***hoc peculio praetor imputabit,*** quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset. Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium. Sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, ***Mela*** (der für einen Anhänger und Zeitgenossen des Labeo gehalten wird [1]) scribit, dolo malo eius factum.

In anderen Fragen tritt die Verwendung des Princips vom fictus possessor ohne, oder wenigstens ohne sichere, Verweisung auf jene älteren juristischen Autoritäten auf:

Fr. 3. §. 4. de act. rer. am. 25. 2. (Paul.): Si filiafamilias res amoverit, ***Mela***, ***Fulcinius*** aiunt de peculio dandam actionem .....; sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere ***Proculus*** ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit, fr. 4. (Pomp.) dolove malo fecerit quo minus ad eum perveniret.

Fr. 67. in fin. de iur. dot. (23. 3.) ***Proculus*** lib. VII. Epistolarum: et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia paravit, antequam ea dos

1) Rudorff R.G. I. S. 179.

fieret, ita ut nec possideat eam, nec dolo fecerit, quo minus eam possideret.

Fr. 63. pr. pro socio. 17. 2. (Ulp.): in id quod facere possunt, quod dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere.

Fr. 1. §. 48. de vi 43. 16. (Ulp.): Ex causa huius interdicti in heredem, et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit in id quod ad eos pervenit, fr. 2. (Paul.) dolove malo eorum factum est, quo minus perveniret.

e) Die bekannteste Verwendung dieses Rechtsprincips hat endlich im Sctum Iuventianum stattgefunden. Auf eine Erörterung dieses Punktes ist hier aber nicht einzugehen [2]).

79. — BB. Die zweite Frage, auf die hier in Betreff des Interdictum quorum bonorum eingegangen werden muß, ist nach dem practischen Inhalte dieses Rechtsmittels in der ursprünglichen Gestalt der bonorum possessio.

1) Das Interdict ist *adipiscendae* possessionis.

Fr. 2. §. 3. de Interd. 43. 1. (Paul.): Adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem; sunt autem interdicta adipiscendae possessionis: quorum bonorum, cet.

2) Vgl. Francke Comment. S. 145—150. 269 ff. — Ueber die verschiedenen Folgen, welche eintreten, wenn der pro herede und pro possessore possessor einerseits, und der qui dolo fecit quominus possideret andererseits als bei der her. pet. zu Belangende lamtitiren, s. fr. 7. §. 17. quib. ex caus. in poss. 42. 4.

Gai. IV. 144. (§. 3. I. de Interd. 4. 15.) Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est, „Quorum bonorum"; eiusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore (possidet) . . . . id ei cui bonorum possessio data est restituatur . . . . . ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.

a) Kläger ist derjenige, dem die bonorum possessio data est [3]), und zwar dem sie (sowie die Interdictsformel es voraussetzt), *ex edicto* data est [4]).

3) Valer. Prob. 6. P. D. E. possessio data est. Huschke Jurispr. Antei. p. 75.

4) Fr. 1. §. 10. in fin. de insp. ventre 25. 4.: quas utique actiones me daturum polliceor his, quibus *ex edicto meo* bonorum possessio data sit. — Ebenso wie bei den fictitiae actiones, Gai. IV. 34.: is qui *ex edicto* bonorum possessionem petiit. — Vgl. noch Gai. III. 41.: bonorum possessionem *ex edicto* petierint; Cic. ad Att. VI. 1.: hereditatum possessionibus . . . quae *ex edicto* . . postulari . . . solent; ad fam. 7. 21.: si bonorum Turpiliae possessionem . . . *ex edicto suo* mihi dedit; Fr. pr. Cornel 18.: bonorum . . . possessionem *ex edicto suo* . . dedisset; pr. Cluent. 60.; possessionemque eius bonorum *praetoris edicto* . . datam; Top. 18.: *ex edicto* praetoris secundum eas tabulas possessio dari; 50. *ex edicto* secundum eas tabulas; l. 2. C. de b. p. sec. tab. 6. 11. (Gordian. 242.) Bonorum quidem possessionem *ex edicto praetoris* non nisi secundum eas tabulas,

Also der Kläger muß im Interdictsproceß das (nach allen Vorschriften des Edicts) rechtmäßige Erlangthaben der bonorum possessio nachweisen. Ich habe diesen Punkt in meiner Bon. Poss. I. insbes. S. 302. 321. 386. irrthümlich geläugnet, und fälschlich angenommen, daß der Prätor selbst, ähnlich wie bei der i. i. r., sich diese Frage und insbesondere die Constatirung gewisser „bedingender" Beweise vorbehalten habe. Ich habe mich hier täuschen lassen durch ein in der älteren Zeit der bonorum possessio noch bemerkbares unmittelbareres Eingreifen des Prätors (so zum Beispiel in Betreff der bonorum possessio, welche zu Cicero's Zeit sine testamento und sine lege gegeben wurde), gebe aber jetzt diese Theorie, nachdem mit Recht gegen dieselbe starker Widerspruch erhoben worden ist [5]), vollständig auf.

Kläger kann in Betreff der bestimmten Sachen das Interdict nur einmal anstellen. Hat er sie damit erlangt, so kann er bei nochmaligem Besitzverlust das Interdict nicht noch einmal in Anspruch nehmen; d. h.

quae septem testium signis signatae sunt, peti posse, in dubium non venit; fr. 25. §. 1. de legat. praest. 37. 5.: num habet nepos *ex edicto* bonorum possessionem?; fr. 51. de bon. lib. 38. 2.: non poterit tibi eius liberti bonorum possessio *ex edicto praetoris* dari. — Ich glaube nicht, daß man in der Stelle Cic. ad Att. VI. 1. bei: ex edicto zu suppliren habe: urbano (v. Bethmann-Hollweg Civ.-Proc. II. §. 60. A. 18.).

5) Savigny Verm. Schr. II. S. 299. ff. (1849). Schmidt Interd. (1853) S. 94. f. Hingst b. p. p. 173. ff. Schirmer Erbr. S. 85. — Eine theilweise Rechtfertigung meiner Theorie versucht Janssonius b. p. p. 124.

das Interdict ist rücksichtlich der corpora hereditaria die eigentliche practische Realisirung der prätorischen Ertheilung der possessio. Die Grundgedanken des Instituts der bonorum possessio knüpfen sich hier also folgendermaßen an einander: Gewisse Personen haben durch das Edict einen dem gewöhnlichen eigenmächtigen Besitzergreifer (dem possessor) vorgehenden Anspruch auf Besitzerlangung; einen Anspruch, der wieder theils in civiler Erbberechtigung, theils in der Aequität gewisser naher Beziehungen zum Erblasser seine Begründung findet (possessorem esse *oportet)*. Die Zutheilung dieser possessio ist immer als ein aus magistratischem Imperium hervorgehendes Beneficium behandelt worden. Deßhalb hat der Prätor sich diese Zutheilung (die datio bonorum possessionis) stets reservirt, wenn er auch alle causae cognitio über das Vorhandensein der Edictserforderniße im concreten Fall schließlich von sich wegschiebt und also die Constatirung der factischen Richtigkeit aller Erforderniße einer rechtmäßig ertheilten bonorum possessio dem Interdictsprocesse [6]) überläßt. Die Sache stellte sich demnach folgendergestalt. Fand derjenige, dem die bonorum possessio zugetheilt war, die Erbgüter besitzlos, so konnte er auf Grund der prätorischen Zutheilung durch seine unmittelbare Besitzergreifung eine iusta possessio erlangen. Fand er sie aber im Besitze eines Anderen, der regelmäßig als ein erst nach dem Tode des Erblassers eigenmächtig Besitz Ergreifender zu denken ist, so bedurfte es der Durchführung des Interdictsprocesses [7]). In

6) Bezüglich: den fictitiae actiones.

7) Fr. 15. de Carb. ed. 37. 10. (Hermog.): . bonorum possessio . . . *ad possessionem apiscendam* . . .

diesem wurde constatirt, ob wirklich der mit der possessio vom Prätor Bekleidete auch den vom Prätor im Edict aufgestellten Rechtsvorschriften entsprach [8]).

prodest. Gai. II. 149.: ipsi retinere hereditatem possunt, si possident, aut *interdictum adversus eos habent qui bona possident*, eorum bonorum *adipiscendae possessionis causa* (nach Huschke's vortrefflicher Restitution). Val. Max. VII. 7. §. 6.: Genucius . . . . a Cn. Oreste praetore urbis impetraverat, ut *restitui se* in bona Naeviani *iuberet* (d. h. er hatte den prätorischen Interdictsspruch erlangt), *quorum possessionem secundum tabulas testamenti ab ipso acceperat.*

8) Fr. 16. §. 1. de inoff. test. 5. 2. (Papinian.): Contra tabulas filii *possessionem* iure manumissionis pater *accepit* et *bonorum possessionem adeptus est:* postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio quam pater accepit, ad irritum recidit: *nam priore iudicio de iure patris non de iure testamenti quaesitum est,* et ideo universam *hereditatem* filiae cum fructibus *restitui* necesse est. Die Leipziger und Patavinische Handschrift lassen die Worte: iure manumissionis pater accepit et bonorum possessionem aus (vgl. die Mommsen'sche Ausgabe); diese sind aber, durch die Florentina beglaubigt, in der That ganz unentbehrlich. Contra tabulas possessionem *accepit* heißt: „er hat die b. p. agnoscirt", und bonorum possessionem *adeptus est* heißt: „er hat durch das Interdictum quorum bonorum auch den reellen Besitz der Güter erlangt." Daß dies gemeint ist, zeigt der Schluß der Stelle, wo vom Restituiren dieser reell innegehabten Güter die Rede ist, und wo von dem „*priore iudicio*" gesprochen wird. Damit kann aber nicht das Agnosciren der b. p., sondern es muß das durch einen Proceß in den Besitz der Güter Gelangen

War dies der Fall, siegte also der Kläger, und wurde ihm der Besitz restituirt, so war nunmehr die prätorische datio possessionis realisirt, und etwas Weiteres bezweckt das Interdict nicht. Es hat der Erbprätendent auf dem Wege des Interdictsprocesses factisch das erlangt, was ihm in der datio bonorum possessionis

gemeint sein. Unter diesem Proceß könnte vom Standpunkt des classischen Rechts aus, abgesehen vom Int. quor. bon., allenfalls auch die etwaige her. pet. possessoria verstanden werden, jedenfalls aber würde das in der Stelle Gesagte ganz ebenso auch vom Int. quor. bon. gelten. — Die Stelle sagt nun also: in dem prius iudicium (dem Int. quor. bon.) ist *de iure patris quaesitum*. Der Vater hat, nachdem er die b. p. de plano agnoscirt hatte, in dem gegen den Erbschaftsbesitzer gerichteten iudicium das Begründetsein der edictalen Vorschriften über diese b. p., also sein ius patris, beweisen müssen. Ist er durch dies iudicium in den Besitz der bona gelangt, und stellt nunmehr die filia gegen ihn die querela inofficiosi an, so wird in diesem zweiten Proceß *de iure testamenti quaeritur*. Wenn hier die filia siegt, so recidit damit die vom pater agnoscirte b. p. ad irritum, und der pater defuncti muß die sämmtlichen bona an die filia defuncti restituiren. — Vgl. auch l. 1. C. quor. bon. 8. 2. (Sever. & Ant. 197.): Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto „quorum bonorum" non aliter *possessor constitui* poteris, *quam si te defuncti filium et ad . . . bonorum possessionem admissum* probaveris. — Es wird also doch *de iure* patris oder filii entschieden, d. h. über das edictale „Erbrecht" (unrichtig Vering Erbr. S. 585. Text zu Anm. 1.); also bei einer b. p. unde legitimi muß *de iure* agnationis oder gentilitatis entschieden worden sein.

als magistratisches Beneficium zugetheilt worden war, und was er durch eigene einseitige Besitzoccupation hätte realisiren können, wenn ihm nicht ein anderer Occupant schon zuvorgekommen gewesen wäre. Indem also das Interdict die auf die corpora hereditaria gerichtete Realisirung der datio possessionis ist, so ist mit Erlangung des Besitzes die Sache erledigt. Mit dieser Erlangung des Besitzes beginnt ein ganz anderer Zustand. Geht der Besitz nun wieder verloren, so kann der bonorum possessor, ebenso wie er sich nicht nochmals bonorum possessio erbitten kann, auch nicht nochmals wegen derselben Sachen das Interdictum quorum bonorum anstellen, sondern er muß sich ebenso, wie jeder Andere, der einen Besitz verloren hat, helfen [9]).

b) Beklagter ist (nach der oben gegebenen Darstellung) der pro herede und pro possessore possessor. Dieser Beklagte ist (abgesehen von unbedeutenderen Fällen, in denen Jemand auch schon bei Lebzeiten des Erblassers Sachen in Besitz hatte und nun als pro possessore possessor belangt wird) regelmäßig ein nach dem Tode des Erblassers den Besitz der Erbschaftssachen Ergreifender. Und zwar kann er, wie dies Gaius noch besonders hervorhebt, sogar der heres selbst sein. Dies ist nicht bloß für solche (oben Ziff. 75. A. 83. schon erwähnte) Fälle zu denken, wo bei der Erweiterung des Instituts der bonorum possessio dieselbe correctorische Zwecke verfolgt, also der bonorum

9) Natürlich kann man das Interdict wegen noch nicht in den Besitz des bonorum possessor gelangter und im bisherigen Interdictsproceß noch nicht zur Sprache gekommener Sachen auch zum zweitenmale u. s. f. anstellen.

possessor (z. B. der c. t. b. possessor) gerade nach der Absicht des Prätors einem heres (z. B. scriptus heres) vorgehen soll, mithin auch, wenn Letzterer sich bereits in Besitz gesetzt hat, demselben mit dem Interdictum quorum bonorum den Besitz der Erbschaftssachen muß entwinden können.

Vielmehr muß man sich den Fall, daß der heres mit dem Interdicte besiegt werden kann, als schon von Anfang an im Institute der bonorum possessio liegend denken, da auch der Bestand der bonorum possessio sine re als von Anfang an dem Institut angehörig zu betrachten ist (s. Ziff. 65.). Kleiden wir die Frage wiederum in den vielbesprochenen Minucischen Fall bei Cicero. Die gens Minucia wäre nach dem translaticischen Rechte zur bonorum possessio gelangt, und wenn dann ein wirklich ex testamento berechtigter heres, der nur secundum tabulas bonorum possessio zu erbitten nicht in der Lage gewesen war, dagegen etwas ausrichten wollte, so mußte er mit der *hereditatis petitio* auftreten. Also die gens Minucia konnte, falls dieser testamentarisch Berechtigte sich auch in den Besitz der Erbschaft gesetzt hatte, zunächst in Folge der agnoscirten bonorum possessio gegen ihn die Herausgabe der Erbschaftssachen durchführen, ohne hier die Vorschützung einer *exceptio* (darauf gerichtet, daß er, der Beklagte, der heres sei) fürchten zu müssen. Denn das Interdict geht mit den Worten quod pro herede possides auch gerade gegen den heres selbst. Daher ist die Behauptung seinerseits, er sei der heres, gar nichts, was er zu seiner Vertheidigung anführen, und woraus er sich eine exceptio formiren könnte. Also der, welcher ex edicto, d. h. mit Recht, die bonorum possessio erhalten hat, kommt dem heres gegen-

über durch das Interdictum quorum bonorum zunächst auch wirklich in den Besitz der Erbschaftssachen. Der Beklagte hat dagegen seinerseits gegen den Sieger im Interdictsproceß die hereditatis petitio anzustellen [10]).

Alle weiteren sich wieder hieran anschließenden und vielfachem Streit unterzogenen Fragen muß ich aber

10) Eine andere Frage ist, ob nicht schon frühe, und zwar auch bereits zu Cicero's Zeit, ein besitzender heres, der vor dem bon. possessor die b. p. zu erbitten in der Lage war, und nur die b. p. zu agnosciren versäumt hatte (also z. B. ein scriptus heres, der ein signirtes Testament proferiren konnte, — gegenüber einem zur b. p. unde legitimi Gelangten) anders stand. Ob nämlich ein Solcher nicht vielleicht gleich vor dem Prätor, wenn der bonorum possessor den interdictalen Restitutionsbefehl erwirken wollte, mit der Behauptung zugelassen wurde, daß er der antretende heres (contentus eo quod iure civili heres sit, Gai. III. 36.) sei, und also billig nicht noch zur Herausgabe der Erbschaftssachen gezwungen werden könne, die er mit der hereditatis petitio doch gleich revindiciren würde? — Hierüber ist, so viel ich sehe, aus den älteren Quellen kein sicherer Aufschluß zu gewinnen. Jedenfalls im classischen Rechte kommt Derartiges vor. Fr. 2. si tab. test. null. 38. 6.: si . . scripti heredes adierint hereditatem, sua culpa amittit paternam hereditatem; nam quamvis secundum tabulas b. p. petita non sit, *non tamen eum praetor tuetur*, ut b. p. accipiat unde liberi (d. h. er kann diese wohl de plano erbitten, aber nicht mit dem Interdict daraus siegen); fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab. 37. 11.: scriptus heres, *si possessionem petat*, exceptione doli mali summovebitur (darüber später Genaueres. Vgl. auch unten Ziff. 94.)

hier noch abschneiden und späterer Darstellung vorbehalten.

c) Das Interdict ist restitutorisch auf die *corpora hereditaria* gerichtet.

Fr. 2. quor. bon. 43. 2. (Paul.): Interdicto Quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.

Auf diese corpora hereditaria ist aber das Interdict als Universalklage gerichtet, d. h. sobald nur die klägerische edictale Berechtigung auf die bonorum possessio, und die beklagtische Stellung als pro herede oder pro possessore possessor feststeht, so kommt es auf gar keine weiteren Fragen über die rechtliche Einzelstellung [11]) des Klägers zur Sache (Eigenthum u. s. f.) an.

Fr. 1. §. 1. quor. bon. (Ulp.): Hoc interdictum restitutorium est, et *ad universitatem bonorum* non ad singulas res pertinet; et appellatur „Quorum bonorum" et est adipiscendae possessionis universorum bonorum [12]). (fr. 1. pr. de Interd.)

11) Diesem Wesen der Universalklage, wonach auf die rechtliche Einzelstellung des Klägers zu den einzelnen Sachen nicht Rücksicht genommen wird, widerspricht natürlich gar nicht die Anstellbarkeit auf eine einzelne im pro herede oder pro possessore-Besitz des Beklagten befindliche Sache.

12) Wo es sich um die rechtliche Einzelstellung zur Sache oder um die Belangung von Debitoren handelt (ad res persequendas et ad debitum exigendum), da ist im Gegensatz zu dem adipisci der possessio (fr. 15. de Carb. ed. 37. 10.) die ficticische Klage (s. oben Ziff. 73.) anzustellen. Auf diesen Gegensatz der durch das Interdict zu verfolgenden corpora und der in das einzelne Rechtsverhältniß eingehenden Klagen gehen

2) Es bedarf ferner noch, wenn auch hier nicht weiter in geschichtliche Untersuchungen über den Interdictenproceß einzugehen ist, wenigstens einer kurzen Zusammenstellung des Rechtsganges, in welchem das, was wir im Ganzen das Interdictum quorum bonorum nennen, in dem römischen Interdictenverfahren zur Durchführung gelangte [13]).

Die eigenmächtige Ergreifung der corpora hereditaria erscheint gegenüber der vom Prätor vorgenommenen datio possessionis als etwas Ordnungswidriges, gegen welches der prätorische Spruch (restituas antequam ex iure ex eas [14]) gerichtet ist. Diesem prätorischen Befehl muß der Beklagte entweder sogleich gehorchen zu wollen erklären, oder, wofern er ohne Strafgefahr den Proceß fortführen will, sich sofort einen arbiter zur weiteren Untersuchung der Sache erbitten.

Gai. IV. 162.: Si igitur restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur . . . modo sine periculo res ad exitum perducitur . . 163: namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria: nam iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet vel restituit et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur: sed actor quoque sine poena experitur cum eo qui

auch die Worte der Definition in fr. 3. pr. h. t.: sive in *corporibus sunt* sive in *actionibus*.

13) Vgl. Rudorff R.G. II. S. 179. 180.

14) Val. Probus 6.: R.A.Q.E.I.E. restituas antequam ex iure exeas. Huschke Jurispr. Antei. p. 77.

(cui, *Huschke*) neque exhibere neque restituere quicquam (opus est, *Huschke*). 164. (Ceterum) observare debet is qui volet arbitrum petere, ut statim petat antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgebitur.

Die formula arbitraria war etwa folgende [15]: Judex esto. Si paret N^M N^M de his bonis, quorum ex edicto illius praetoris A^O A^O possessio data est, fundum, quo de agitur, pro herede aut pro possessore possidere, usuve pro herede cepisse, dolove malo fecisse uti desineret possidere, nisi arbitratu tuo res restituatur, quanti ea res est tantam pecuniam iudex N^M N^M A^O A^O c. s. n. p. a.

Restituirte aber der Beklagte nicht gleich, und hatte er auch den Prätor ohne Erbittung eines arbiter verlassen, so wurde im Sponsionsprocesse die Sache cum periculo zu Ende geführt. Der Kläger provocirt den Gegner mittels der Sponsion, deren Formel von Cicero speciell in Betreff des Interdictum quorum bonorum aufbewahrt ist [16]:

Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio Praetor [i. e. Brutus τυραννοκτόνος] ex edicto suo mihi dedit, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, usuve pro herede cepisti, dolove malo fecisti uti desineres possidere, id si contra edictum illius praetoris mihi non restituisti, tot nummos mihi dare spondes?

15) Vgl. Rudorff Edict. perp. p. 204.

16) Cic. ad fam. VII. 21. Huschke Studien I. p. 3. sq. (de causa Siliana). Rudorff R.G. II. S. 180.

Der Gegner restipulirt hierauf:

Si bonorum — possessionem — tibi non dedit, sive de his bonis pro herede aut pro possessore nihil possedi, neque usu pro herede cepi, neque dolo malo feci uti desinerem possidere, sive ex edicto illius praetoris restitui — rel.

Aus dieser Sponsion und Restipulation werden dann die formulae edirt [17]); und der Sponsionskläger subjicirt seiner Formel, auf den Fall, daß er mit seiner Sponsion siegen werde, die Ersatzklage, das iudicium de re restituenda, dessen Formel etwa so lautete [18]):

Si paret A^M A^M illa sponsione vicisse, neque N^S N^S rem q. d. a. A^O A^O restituet, quanti ea res erit, tantum pecuniam N^M N^M A^O N^O c.-rel.

80. C. Die übrigen Rechtsmittel des *bonorum possessor* [19]).

Die bisher betrachteten Rechtsmittel können die eigentlichen Klagen der bonorum possessio genannt werden. Sie sind mit jeder bonorum possessio als solcher verbunden.

Die weiter noch zu erwähnenden Rechtsmittel haben außer der ex edicto erfolgenden Agnition der bonorum possessio noch andere engere Voraussetzungen; die actio familiae erciscundae: das Nebeneinanderstehen mehrer bonorum possessores; das Interdictum quod legatorum: das Gegeneinanderstehen von instituirtem Erben und Legatar; die übrigen Rechts-

17) Gai. IV. 165.
18) Rudorff R.G. II. S. 181.
19) Vgl. meine Bon. Poss. I. S. 397 A. 1. S. 395. A. 3.

mittel: gewisse factische Voraussetzungen eines vermögensrechtlichen Interesses.

1) Die *actio familiae erciscundae.*

Mehre nebeneinanderstehende bonorum possessores können, wenn es sich um die Theilung vorhandener corpora hereditaria handelt [20]), die richterliche Auseinandersetzung fordern. Ein Ausspruch Ulpian's scheint darauf zu führen, daß hier das directum fam. erc. iudicium statt finde:

Fr. 2 §. 1. fam. erc. (Ulpian.): Si quarta ad aliquem ex constitutione divi Pii adrogatum deferatur, *quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, utile* erit familiae erciscundae iudicium necessarium.

Dieses utile iudicium wird insbesondere auch noch in dem Falle angenommen, wenn zwischen dem Erben und dem eine Quote erhaltenden Fideicommissar eine Erbauseinandersetzung eintritt:

Fr. 40. eod. (Gai.): Si ex asse heres institutus rogatus sit mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam, *utile* familiae erciscundae iudicium recte inter nos agetur;

während eine andere Stelle für diesen Fall das Verfahren einfach iudicium familiae erciscundae nennt:

Fr. 28. (27.) §. 11. ad Sc. Trebell. 36. 1. (Marcell.): . . . cum parte hereditatis restituta

20) Fr. 25. §. 1. fam. erc. 10. 2. (Paul.): . . cessat familiae erciscundae iudicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt; (vgl. fr. 3. §. 1. h. t.: etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem agnitam Labeo ait).

familiae erciscundae iudicium inter eum qui restituit hereditatem et qui receperit accipietur.

Endlich führt eine Ulpian'sche Stelle die bonorum possessores, den Universalfideicommissar und die ceteri honorarii successores einfach neben einander auf:

Fr. 24. §. 1. fam. erc. (Ulpian.): Familiae erciscundae iudicium *et inter bonorum possessores* et inter eum cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto et ceteros honorarios successores locum habet.

Wegen jener erstcitirten Stelle wird man allerdings annehmen müssen, daß bei bonorum possessores das utile iudicium mit der Fiction: „si communis esset tum si“ [21]) nicht statt fand. Aber nichts destoweniger stand es doch fest, daß das eigentliche dem Civilrecht angehörige iudicium fam. erciscundae für sie nicht zur Anwendung kam.

Fr. 1. pr. eod. (Gai.): Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum. fr. 2. pr. eod. (Ulp.): Per familiae erciscundae actionem dividitur *hereditas*, sive ex testamento sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum sive ex aliqua [alia qua?] lege *deferatur hereditas* vel ex senatus consulto vel etiam constitutione: et generaliter eorum duntaxat dividi hereditas potest, *quorum peti potest hereditas* [22]).

21) Rudorff Ed. perp. p. 85. n. 2.

22) Daß der bonorum possessor, (wie man sich auch die, an diesem Orte noch nicht zu erörternde hereditatis petitio possessoria denken möge) jedenfalls nicht die civilrechtliche in ius concepta hereditatis petitio, von der hier doch offenbar die Rede ist, gehabt hat, ist außer allem Zweifel.

Schwerlich hätte Ulpian so schreiben können, wenn unter einer und derselben Formel:

quod *hereditas* illius illi cum illo communis est [23])

auch die bonorum possessores mitumfaßt gewesen wären. Es mag also neben jener civilrechtlichen noch eine besondere Formel für die honorarische Klage der bonorum possessores (und analog wieder der ceteri honorarii successores) bestanden haben, etwa [24]):

Iudex esto. Quod bonorum Titii ex edicto meo (oder illius praetoris) data possessio illi cum illo communis est, quam ob rem familiae erciscundae (oder bonorum dividundorum?) arbitrum sibi dari postulaverunt, quantum ex his bonis, si heredes essent, adiudicari oporteret, iudex adiudicato rel.

81. — 2) Das *Interdictum quod legatorum.*

Dies Interdict steht, in Gemäßheit der späteren Rechtsentwicklung, nach dem justinianeischen Rechte dem heres wie dem bonorum possessor gegen den sich eigenmächtig in den Besitz der legirten Sache setzenden Legatar zu [25]). Es muß aber nach der früheren Fassung des prätorischen Edicts lediglich dem bonorum possessor zugestanden haben [26]). Dies zeigt schon eine paulinische Digestenstelle, in welcher aus dem Edict

23) Rudorff Ed. perp. l. c.

24) Vgl. Gai. IV. 42. Böcking (ed. 5.) ad h. t.

25) L. un. C. quod legator. 8. 3. (Diocl. & Max.): secundum sententiam interdicti, quod adversus legatarios *scriptis heredibus* propositum est.

26) Rudorff Zeitschr. f. gesch. R.W. XI. S. 340—342. Rudorff Ed. perp. p. 205.

ein Bruchstück mitgetheilt wird, welches nicht den heres, sondern nur den bonorum possessor erwähnt.

Fr. 2. §. 1. quod legat. 43. 3. (Paulus l. 63. ad Edict.): Quod ait Praetor: SI PER BONORUM POSSESSOREM NON STAT, UT SATISDETUR.

Und dies bestätigt auch die weitere Besprechung dieses Falls in

fr. 2. §. 4. eod.: Item si per bonorum possessorem stetit quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum.

Noch deutlicher erhellt die Sache aus einer Stelle von Venuleius [27]) in Vat. Fragm. 90. Der Jurist bespricht hier, in einem von dem Ulpian'schen fr. 1. §. 8. quod legator. abweichenden Sinne, den Fall, wenn ein Legatar sich eigenmächtig in die Ausübung eines ihm vermachten Nießbrauchs setzt. Er nimmt nämlich, während Ulpian das Interdict zuläßt, ein besonderes *utile* Interdictum an.

(Venuleius) lib. I. de interdictis sub titulo: „in eum qui legatorum nomine, non voluntate *eius, cui bonorum possessio data erit*, possidebit." Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde . . . interdictum . . . . utile datur, quod taliter (*Huschke*) concipiendum est: „Quod de his bonis legati nomine possides, quodque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti quo minus possideres utereris fruereris."

Während also Venuleius und Paulus das Interdict lediglich dem bonorum possessor zuschreiben, steht

27) Nicht Ulpian. Vgl. Huschke Jur. Antei. ed. 2. p. 614. 615.

es nach der Darstellung Ulpian's [28]) gleichmäßig dem heres wie bonorum possessor zu.

Fr. 1. §. 2. quod legat. (Ulpianus l. 67. ad Edict.): ut..id restituat *heredi;* etenim aequissimum praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed *ab herede* petere. Redigit igitur *ad heredes* per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde [deinde? *Krüger*] legatarii possint eum convenire. §. 3. Hoc interdictum et heredem *heredis bonorumque possessoris* habere. . §. 11. . . ut si *post aditam hereditatem vel bonorum possessionem agnitam* voluntas accommodata est legatario, ut possideret, interdictum cesset; quodsi *ante aditum hereditatem bonorumve possessionem agnitam* hoc factum est, rectius dicetur eam voluntatem non nocere debere.

Venuleius [29]) lebte unter Pius oder den divi fratres. Da nun aber auch Paulus im 63. Buch ad Ed. die nur auf den bonorum possessor bezügliche Fassung des Interdicts erwähnt, so wird man nicht annehmen können, daß Ulpian in seinem 67. Buch ad Ed. späteres Recht, als das von Paulus erwähnte, vortrage [30]). Es bleibt also wohl nichts Anderes übrig, als zu sagen: man habe nach der „sententia inter-

28) Diese Darstellung ist derart, daß man eine auf Grund späterer Rechtsänderung vorgenommene justinianeische Interpolation schwerlich annehmen kann.

29) Vgl. über dessen Persönlichkeit Fitting Alter der Schr. der röm. Jur. S. 17—19.

30) Ueber die Abfassungszeit des Paulinischen und Ulpian'schen Edictscommentars: Mommsen, Zeitschr. f. R.G. IX. (1869) S. 101. 102. 113. 115.

dicti", (s. l. un. C. cit.) eine Ausdehnung auf den heres schon früher auf dem Wege der Jurisprudenz vorgenommen, es hätten aber die Juristen Venuleius und Paulus (neben der allgemeinen Bemerkung, das Interdict werde auch dem heres gegeben) bei der Besprechung der einzelnen Fragen einfach an die äußerlich noch immer festgehaltenen Edictsworte angeknüpft, während die Darstellung des Ulpian umgekehrt das materiell bestehende Recht vor Augen habe.

Das Interdict ist ein restitutorisches.

Fr. 1. §. 2. quod legator.: id restituat heredi. §. 7.: facultatem habere restituendi. §. 8.: an hoc interdicto restituere sit compellendus. §. 9.: hoc interdicto teneatur ad restitutionem.

Fr. 2. §. 2.: ex hoc interdicto, qui non restituit, in id quod interest debet condemnari [31]).

Wann das Interdict entstanden sei, wissen wir nicht. Auch wenn wir ihm ein recht hohes Alter zuschreiben, so ist es immer noch etwas Anderes, es mit unter die treibenden Elemente aufzunehmen, die überhaupt die Ausbildung des Instituts der bonorum possessio zur Folge gehabt haben. In letzterem Sinn hat sich Rudorff ausgesprochen [32]). Andeutungen der

31) Vgl. die Formel bei Rudorff Edict. perp. p. 205. Für einen besonderen Fall nimmt Schmidt Interd. S. 27—30. ein prohibitorisches an.

32) Anm. z. Puchta Curs. d. J. III. §. 316. kk. „Die Ausbildung der b. p. vom successorium edictum aus ist zu ausschließend hervorgehoben worden von Leist. Die Interessen der Gläubiger sind nicht die einzigen, welche dem Prätor am Herzen liegen. Unter andern ist die Regulirung des Usucapionsbesitzes der Erbschaft und der Vermächtnisse durch die Interdicte quorum bonorum und *legatorum* zu Gun-

Quellen in dieser Hinsicht haben wir gar nicht, und das ganz beschränkte Anwendungsgebiet des Interdicts ist einer solchen Auffassung nicht günstig. Ein Moment in dieser Auffassung aber ist ein beachtenswerthes; nämlich daß, je höher wir uns das Bestehen des Interdictum quod legatorum in die älteste Zeit der bonorum possessio zurückverlegen, um so mehr es einen Beweis dafür bildet, daß der bonorum possessor, dem es zustand, ein Universalsuccessor (nicht bloß ein prätorisch auf die universitas der corpora hereditaria berechtigter, mit dem Interdictum quorum bonorum bewaffneter, Proherede-Usucapient) war. Denn nur vom Begriff der Universalsuccession aus läßt sich das Interdictum quod legatorum erklären. Wäre die ursprüngliche bonorum possessio nur ein Interdictum quorum bonorum zur „Regulirung des Usucapionsbesitzes der Erbschaft" gewesen, so würde neben einer solchen viel eher auch dem Legatar ein besonderes Interdict adipiscendae possessionis gegenüber dem Proherede-Usucapienten gegeben worden sein.

82. — 3) *Actio furti* und *actio ad exhibendum.*

Wenn der Erblasser bestohlen worden ist, so steht ihm die actio furti zu, und diese Klage vererbt auf den heres und als fictitia auf den bonorum possessor. Dieser Fall der actio furti (s. Ziff. 50. A. 32.) bedarf also, als unter die fictitiae actiones gehörig, nicht noch einer besonderen juristischen Stellung.

sten der natürlich Berechtigten gegenüber unberufenen Occupanten eine Rücksicht, die jenen Interessen nicht schlechthin untergeordnet werden darf.

a) Anders dagegen ist es mit dem Fall, wenn der bonorum possessor den Besitz der Erbschaftssachen bereits erlangt hat, und nun ihm gestohlen wird. Wir können dabei denken, daß dem bonorum possessor noch ein heres, der die b. p. zur sine re machen kann, gegenübersteht. Es ist oben Ziff. 50. bereits ausgeführt, daß hier dem bonorum possessor auf Grund seiner ex edicto empfangenen bonorum possessio d. h. als probus pro herede possessor die actio furti zustehen muß.

b) Wie nun aber, wenn der bonorum possessor den Besitz der betreffenden Erbschaftssache noch nicht erlangt hat, welche ein Anderer aus ihrem besitzfreien Zustande surripirt (wenn auch nicht im römisch-juristischen Sinne stiehlt [33])? Es scheint hier dasselbe geantwortet werden zu müssen, wie wenn dem Sachwegnehmenden ein noch nicht zum Besitz der Sachen gelangter heres gegenübersteht.

Fr. 2. §. 1. expil. her. 47. 19. (Ulp.): Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet *ante aditam hereditatem vel post aditam, antequam res ab herede possessae sunt;* nam in hunc casum furti actionem non competere palam est, quamvis *ad exhibendum agi* posse, si qui vindicaturus exhiberi desideret, palam sit.

Es ist freilich der Unterschied zwischen dem heres und bonorum possessor, daß der heres sein Interesse, womit er die actio ad exhibendum begründet, in der von ihm anzustellenden hereditatis petitio hat, während der bonorum possessor (ehe ihm eine he-

33) Fr. 6. expil. her. 47. 19. (Paul.): rei hereditariae furtum non fit. Fr. 14. §. 14. de furtis 47. 2.

reditatis petitio possessoria zugestanden worden ist) als Grundlage für die Motivirung der actio ad exhibendum nur das Interdict quorum bonorum hat. Doch aber wird man Letzterem gewiß die actio ad exhibendum einräumen müssen, auf Grund der Parallele mit einem anderen noch weiter gehenden Fall, der in den Quellen ausdrücklich besprochen wird. Wenn nämlich der Expilator die surripirte Sache werthlos macht z. B. hereditariae tabulae instrumentorum ihrer urkundlichen Schrift beraubt, so steht er als Einer qui dolo fecit quo minus possideret da, und kann vom bonorum possessor mit der actio ad exhibendum belangt werden (s. oben Ziff. 78.). Nothwendig ist daraus der Rückschluß gestattet, daß auch die noch unverletzt vorhandene Sache mit der actio ad exhibendum [unter den dieser actio überhaupt entsprechenden Voraussetzungen [34])] lediglich auf Grund der agnoscirten bonorum possessio und mit Hinblick auf das demnächst anzustellende Interdictum quorum bonorum muß eingeklagt werden können.

In jenem anderen Fall, wo der Surripient dolo fecit quo minus possideret, treffen, da auch das Interdict quorum bonorum in seiner dritten Clausel gegen einen solchen gerichtet ist, gleich zur Wahl des bonorum possessor das Interdictum quorum bonorum und die actio ad exhibendum zusammen.

Fr. 28. de furt. 47. 2. (Paul.): Sed si *surripuit priusquam deleat*, tanto tenetur, quanti domini interfuit non surripi; delendo enim nihil ad

34) Z. B. die surripirten und nicht delirten tabulae hereditariae sind vom Surripienten in die Wand seines Hauses eingefügt, von der sie erst wieder getrennt werden müssen.

poenam adiicit; fr. 29. (Ulp.): Hoc amplius et *ad exhibendum agi* potest, et *interdicto quorum bonorum*[35]) agi poterit, fr. 30. (Ulp.): si *hereditariae tabulae deletae* sint.

Jedenfalls sehen wir hieraus: durch Agnition der bonorum possessio erhält man das selbständige *ius bonorum possessionis*, welches als prätorisches Beneficium dem bonorum possessor an allen Angelegenheiten der Universalsuccession, also auch in Betreff der corpora hereditaria schon vor ihrer Besitzerlangung, ein rechtliches Interesse gewährt (Ziff. 63. Nr. 2. a.)

83. — III. Besitz und *in bonis* des *bonorum possessor*.

1) Die Stellung des bonorum possessor zu den Erbsachen ist die des juristischen Besitzes, nicht bloß der Detention. Nichts kann sicherer sein, als dieser Satz. Er liegt schon darin, daß das Institut von jeher hereditatis oder bonorum possessio heißt, daß der Prätor im Edict selbst sagt: *possessionem* dabo. Denn wenn auch dies so zu verstehen ist, daß die bonorum possessio nicht blos als eine rerum possessio, sondern als iuris magis quam corporis possessio aufzufassen ist[36]), so heißt dies doch nur soviel, daß die bonorum possessio als ein über die Gränzen

35) Aus der Zusammenstellung der actio ad exhibendum mit dem Interdict quorum bonorum sieht man, daß hier von einer surripirten Sache die Rede ist, die der bonorum possessor noch nicht im Besitz gehabt hat s. Ziffer 79. Nr. 1. a.

36) Fr. 3. §. 1. h. t.

der rerum possessio hinausgehender Begriff aufgefaßt werden muß, der aber, wenn er zur vollen Realisirung gelangt ist, diese rerum possessio mit in sich begreift. Also der, welchem vom Prätor die bonorum possessio *data* ist, erhält damit die magistratische Autorisation: entweder die besitzfreien Güter in Besitz zu nehmen oder, wenn schon ein Anderer sie ergriffen hat, sich durch das Interdictum adipiscendae possessionis quorum bonorum den Besitz zu verschaffen.

Fr. 15. de Carb. ed. 37. 10.: Haec bonorum possessio . . . ad *possessionem* apiscendam . . prodest.

Gai. IV. 144.: quod quisque ex his bonis, quorum *possessio* alicui *data* est . . . ei utile est, qui nunc primum conatur adipisci *rei possessionem*.

Da wir das Interdictum quorum bonorum, als ein solches adipiscendae possessionis, sicherlich zu den ursprünglichen Bestandtheilen der bonorum possessio zu rechnen haben, so ist auch nicht der geringste Grund zu der Annahme vorhanden, daß etwa die bonorum possessio ursprünglich nur eine Detention gewährt habe und erst allmälig zur Ertheilung einer possessio erstarkt sei.

Gegenüber diesen Sätzen habe ich einen eigenthümlichen Angriff zu erfahren gehabt, indem Hingst (l. c. p. 99. 100.) ausführt, der bonorum possessor sine re sei nach mir ein bloßer Detentor. Unter Detiniren verstehe man das physische oder factische Disponiren über eine Sache mit Ausschluß Anderer. Indem Viele so sagten, insbesondere auch das preußische Recht, sei nicht unrichtig von Bruns bemerkt worden, daß dann auch der mit einem Beil in den Wald Schreitende, der mithin physisch über den Wald disponiren könne,

auch wenn er gar keinen Baum zu berühren beabsichtige, doch Detentor des Waldes genannt werden müsse. Deßhalb müsse man nach dem animus so unterscheiden: wer für sich detinire, sei Besitzer, wer für Andere, sei Detentor. Daraus folge, daß nach meiner Ansicht der bonorum possessor sine re, der nur eine Ausübung des Eigenthums als „procurator heredis“ habe, nichts sei als ein Detentor. Nun aber redeten unsere Quellen nirgends von einer Detention des bonorum possessor. Deßhalb sei die Unterscheidung, die ich mache, völlig zu mißbilligen, und überhaupt Alles aus meiner Darstellung auszuschneiden, was nach Detention röche, wie insbesondere, daß der bonorum possessor ein Procurator des heres sei, und daß die bonorum possessio sine re selbständig vom Prätor instituirt worden sei; indem er vielmehr die bonorum possessio selbst gegeben habe, die erst aus dem Effecte ihre Attribute des cum re und sine re entnehme. Auch überhaupt könne man mit mir nicht sagen, daß der Prätor eine ficticische hereditas gestaltet habe. Der Prätor habe vielmehr heredes machen wollen; da er dies iure nicht gekonnt habe, so habe er es re durch Verleihung der iuris possessio gethan. Zur Realisirung dieses Zweckes gebe er das directe Rechtsmittel des Interdictum quorum bonorum. Daß er aber außerdem ficticische dingliche und obligatorische Klagen gegeben habe, davon sei der Grund nur der, daß der Prätor so wenig als möglich neue Formeln habe componiren wollen.

Es ist schwierig, auf derartige Ausführungen zu antworten, da völlig aller Schein fehlt, nicht bloß, daß ich das mir Aufgebürdete gesagt hätte, sondern daß ich auch nur einen mir imputabelen Anlaß gegeben hätte, so mißverstanden zu werden. Ich habe das Wort „Re-

präsentant des heres" als eine Uebersetzung des römischen loco heredis gewählt, und lediglich im gleichen Sinn verwendet. Der bonorum possessor ist „an Stelle des heres." Daß das etwas völlig Anderes ist, als ein „procurator des heres", habe ich schon oben hervorgehoben [37]. Indem nun der Prätor „an Stelle des heres" dem bonorum possessor die iuris possessio giebt, ihn als „velut heres" behandelt, so ist (da das velut heres, das ja auch bei der Erbrechtsersitzung vorkommt, an sich noch vieldeutig ist) erst noch genauer zu constatiren, wie der Prätor dies practisch versteht. Es ergiebt sich dies aus den Rechtsmitteln. Dazu gehört zunächst das adipiscendae possessionis interdictum. Indem aber dadurch lediglich rücksichtlich der corpora hereditaria die possessio realisirt wird, die vom Prätor data est, so folgt, daß aus dem Interdict wir kein Moment entnehmen können, wie sich der Prätor im Genaueren die rechtliche Stellung seines bonorum possessor gegenüber dem heres denkt. Dies kann nur da hervortreten, wo einzelne Rechtsverhältnisse des defunctus Gegenstand der Beurtheilung sind, d. h. bei den dinglichen und obligatori-

37) S. Ziff. 66. Uebrigens, auch wenn der bonorum possessor nur als Procurator des heres dastände, so wäre wiederum gar nicht einzusehen, warum er absolut immer nur Detentor werden müßte, und nicht auch *suo nomine* den Besitz erlangen könnte. fr. 1. §. 20. de acq. poss. 41. 2.: Per *procuratorem* tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem *suo nomine* nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam [accommodarent nobis, non possumus acquirere oder:] accommodarent, nobis non possunt acquirere.

schen Einzelklagen (actiones) [38]). Diese giebt der Prätor als fictitiae, also der Modus, wie der Prätor den bonorum possessor den Rechtsverhältnissen der Erbschaft gegenüberstellt, ist der, daß er ihn als fictus heres behandelt. Und wiederum am deutlichsten, welche practische Bedeutung diese Fiction des heres-Seins hatte, tritt dann hervor, wenn man sich eine ertheilte bonorum possessio denkt, die hinterdrein durch Auftreten des heres zur sine re werden kann. [Eine prätorische Erklärung „ich ertheile Dir die bonorum possessio sine re" wäre ja eine reine Absurdität, da der Prätor gar nicht wissen kann, ob der heres hinterdrein gegen den bonorum possessor auftreten wolle oder könne]. Wenn der bonorum possessor nicht die Güter behält, sondern dem heres herausgiebt, so muß es natürlich in dieser dem heres gegenüber vorgenommenen Abrechnung am deutlichsten hervortreten, welche selbständige rechtliche Stellung, im Gegensatz zum bloßen Erbschaftsbesitzer, der Prätor durch die Ertheilung seines Beneficiums gewährt. Also die ficticischen Klagen, und diese wiederum im Fall des hinterdrein sine-re-Werdens der bonorum possessio, sind der Punkt, aus dem sich das eigenthümliche juristische Wesen des Instituts der bonorum possessio am deutlichsten erkennen läßt, und es ist ein völliges Verkennen dieses Wesens, wenn man diese ficticischen Formeln damit zu einem völlig gleich-

38) Diese werden deßhalb auch gleich in der Definition der bonorum possessio als das zweite Hauptmoment des Vermögens angegeben fr. 3. pr. h. t.: sive *in corporibus* sunt sive *in actionibus*. Und es wird hinzugefügt, daß ersteres Moment sogar ganz fehlen kann. fr. 3. §. 1. eod. Vgl. Ziff. 79. A. 12.

gültigen Element der bonorum possessio stempelt, daß man den Prätor nur deßhalb zu ihnen greifen läßt, um so wenig wie möglich neue Formeln construiren zu brauchen.

2) Der bonorum possessor hat aber nicht bloß juristischen Besitz, sondern auch Usucapionsbesitz. Dieser wichtige Punkt hat oben bereits bei Darstellung der pro herede usucapio seine Erledigung finden müssen, so daß die Resultate hier nur kurz zusammenzufassen sind:

Der bonorum possessor ist pro herede possessor, und zwar probus pro herede possessor[39]). Damit hatte er aber das Privilegium der pro herede usucapio, daß, gegen einen heres der die bonorum possessio zur sine re machen wollte, der bonorum possessor auch rücksichtlich der fundi schon in Jahresfrist seine Erbsachenersitzung vollendet hatte. Also der erst später angestellten hereditatis petitio gegenüber, so lange nicht der hereditatis petitio selbst die Kraft der Revocation der pro herede usucapio beigelegt worden war, konnte der bonorum possessor die Herausgabe dieser ersessenen Sachen weigern.

84. — 3) Der bonorum possessor hat aber nach ausdrücklicher Angabe der Quellen auch noch das höhere Recht des *in bonis*, d. h. das selbst gegen den Civilberechtigten geschützte materielle Recht an der Sache, welches dann durch den immer auch vorhandenen Usucapionsbesitz schließlich in die Civilberechtigung überschlägt.

39) Fr. 11. pr. de her. pet. 5. 3.; fr. 33. §. 1. de u. & u. 41. 3.

Gai. III. 80.: Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed *in bonis efficiuntur*, ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur si usuceperunt.

Wir müssen aber dies dem bonorum possessor zustehende Recht des bonitarischen Eigenthums[40]) beschränken auf die Fälle, wo die bonorum possessio des non heres eine *cum re* ist. Zwar könnte dies auf den ersten Blick willkürlich scheinen, da Gaius in den eben citirten Worten von solcher Beschränkung nichts sagt. Und doch wird man sie unbedenklich annehmen, wegen des Gegensatzes der in der vorletzten Note citirten Stellen. In diesen letzteren Stellen heißt es ebenfalls ganz allgemein: der bonorum possessor ist mit der hereditatis petitio belangbar und besiegbar, steht aber dabei dem Kläger in der Rechtsstellung eines probus pro herede possessor gegenüber. Umgekehrt in der Gaiischen Stelle wird gesagt: der bonorum possessor ist bonitarischer Eigenthümer, welches er mit dem Usucapionsablauf in Civilberechtigung umwandelt. Darin liegt nach dem Wesen des bonitarischen Eigenthums, daß kein Civilberechtigter ihm diesen Zustand des Habens und Ersitzens stören kann, also mit der hereditatis petitio gegen ihn nicht zu siegen vermag. Diese beiderseitigen Stellen sagen mithin: der bonorum possessor ist mit der hereditatis petitio besiegbar und nicht besiegbar. Und doch widerstreiten sich diese Stellen

40) Die weiteren Beziehungen dieses dem bonorum possessor zustehenden in bonis zu den übrigen Fällen des bonitarischen Eigenthums zu verfolgen, (worauf ich mich in meiner Bonor. Poss. I. S. 240—284. genauer eingelassen habe) ist hier nicht der Ort.

nicht, sondern sie sprechen nur bestimmte Sätze aus, die auf anderen stillschweigend vorausgesetzten Bestimmungen ruhen. Ist nun nach diesen letzteren der bonorum possessor als pro herede possessor ein vom heres besiegbarer, so nennt man dies, wenn die Vertreibung durch den heres wirklich erfolgt ist, eine b. p. sine re. Ist aber der bonorum possessor in einer Stellung, daß ihm kein heres mit seiner hereditatis petitio etwas anhaben kann, so nennen wir dies eine b. p. cum re, und für diesen Fall also besteht (unter der weiteren negativen Voraussetzung, daß dieser bonorum possessor cum re nicht selbst der heres ist) das bonitarische Eigenthum des bonorum possessor. Gaius konnte diese Voraussetzungen an dieser Stelle um so mehr unerwähnt lassen, als er den bonorum possessor mit dem bonorum emtor zusammenstellt. Indem Letzterer lediglich in der Gestaltung einer d e f i n i t i v e n prätorischen Universalsuccession [41]) vorkommt, so verstand es sich von selbst, daß hier von dem bonorum possessor auch nur in dem gleichen Sinn die Rede sei.

Da hiernach das bonitarische Eigenthum nur dem bonorum possessor cum re zustand, so ist damit zugleich eine Stelle verständlich, die im Sinne des

41) Gai. III. 80. schließt an den Satz, daß dem bonorum emtor nur das in bonis zustehe, noch eine Nebenbemerkung, wornach für gewisse Fälle (interdum) die Sache sich anders verhalte. Leider können wir aber die Worte nicht sicher lesen; daß sie sich auf öffentliche Verkäufe bezogen (vgl. oben Ziff. 24.), vermuthet H u s c h k e (Jur. Ant.) mit hoher Wahrscheinlichkeit. Dem Huschke'schen Restitutionsversuche der Stelle dagegen kann man wohl nicht einfach zustimmen.

schreibenden classischen Juristen anders erklärt werden muß, als ihre Bedeutung in der Justinianeischen Compilation sein soll. Ulpian sagt in seiner Definition der bonorum possessio:

fr. 1. h. t.: Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria *itemque dominium rerum quae in his bonis sunt* tribuit.

Es würde ein vollständiges Mißverständniß sein, wenn man meinen wollte [42]), daß Ulpian mit diesen Worten: dominium rerum jenes bonitarische Eigenthum des bonorum possessor cum re bezeichnete. Ulpian spricht hier von der ganzen bonorum possessio, also auch mit Inbegriff der b. p. sine re, sonst würde er ja gar keine richtige Definition geben. Seine Zusammenstellung des dominium mit den commoda und incommoda zeigt deutlich, daß der Jurist hier die fictitiae actiones im Auge hat. So wie activ und passiv der bonorum possessor der Träger obligatorischer ficticischer Klagen ist, ebenso tribuirt ihm die datio des Prätors auch das dominium rerum. Also Ulpian redet hier nicht von dem adipisci der possessio, sondern er spricht davon, wie der bonorum possessor materiell in die einzelnen Rechtsverhältnisse des Verstorbenen eintritt, und dies geschieht durch die ficticischen Klagen. So auf dem Wege der Fiction theilt aber die bonorum possessio das Eigenthum ganz ebenso zu, wenn es sich um eine bonorum possessio handelt, die später zur sine re werden kann, als wenn Jemand

42) So faßt es in der That Hingst l. c. p. 228. — Fabricius hat in dem Worte: dominium eine Interpolation für: possessionem gefunden; s. darüber meine Bon. Poss. I. S. 73. 74.

eine bonorum possessio agnoscirt hat, die sicher cum re ist.

In gleichem Sinn ist auch fr. 47. de furtis 47. 2. von Paulus zu verstehen.

Si dominium rei surreptae quacunque ratione mutatum sit, *domino* furti actio competit, veluti heredi et *bonorum possessori* et patri adoptivo et legatario.

Dem dominus wird die Sache gestohlen und er erhält dadurch die furti actio, ohne sie anzustellen. Jetzt wechselt das dominium, indem es auf den heres oder bonorum possessor übergeht. Alsdann haben diese die furti actio, der heres als directa der bonorum possessor als fictitia [43]). —

85. Die Darstellung steht nunmehr am Schluß der ihr in diesem §. gesetzten Aufgabe. Um überhaupt das Corpus Juris zu verstehen, müssen wir (bei der bonorum possessio ist dies fast wichtiger als bei irgend einer anderen Lehre) zunächst wissen, wie die classischen Juristen das gemeint haben, was wir in den Pandekten von ihnen lesen. Also auch der Pandekten-Commentar mußte, um wirkliches Verständniß von dem zu geben, was im Corpus Juris vor uns liegt, genauer erst die Zeiten erläutern, in denen das wurde, was in der Justinianeischen Compilation mit denselben Worten der classischen Juristen doch etwas ganz Anderes bedeutet, als was es Anfangs war. Die bonorum

43) Vgl. auch fr. 70. §. 1. de V. S. 50. 16. (Paul.): Verba haec: „is ad quem ea res pertinet" sic intelliguntur, ut qui *in universum dominium* vel iure civili vel *iure praetorio succedit*, contineatur.

possessio war ursprünglich, das werden wir nunmehr als nachgewiesen betrachten dürfen, nicht Erbrecht, sondern Erbbesitz. Ihr Begriff wird von den classischen Juristen (obgleich damals sich schon der Umschwung entwickelte) noch ganz so festgehalten, wie ihn Labeo giebt und wie er sich aus der recht reichlich fließenden Ciceronischen Quelle ergiebt. Und das was die bonorum possessio zu Cicero's Zeit war, war sie nach dessen ausdrücklichem Zeugniß von Anfang an. Dies aber ist, kurz zusammengefaßt, Folgendes.

Die bonorum possessio ist nicht der beschränkte Gedanke einer Proceßregulirung im Erbschaftsstreit oder der Regulirung und Zutheilung der pro herede usucapio, sondern die magistratische Besitzverleihung des ius heredis. Von Anfang eine prätorische Universalsuccession ist sie älter wie die bonorum venditio, mit der sie im Uebrigen als juristisch gleichartig construirt erscheint. Beide sind auch darin practisch gleich behandelt worden, daß sie sich von früh an ebenso für Rom wie für die Handhabung des Erbrechts und der Concurse in den Provinzen als höchst brauchbare und in den Edicten selten fehlende Institute erwiesen [44]). Die bonorum possessio ist der magistratisch-autorisirte und danach mit den geeigneten Rechtsmitteln geschützte Eintritt in die Rechte und Pflichten des *heres*. Dabei wird die doppelte Eventualität offen gelassen, daß entweder das Vermögen dauernd bei diesem Erbbesitzer bleibt, oder daß es ihm der heres noch wieder abholt.

44) Cic. ad Att. VI. 1. §. 15.: quod sine edicto satis commode transigi non potest, *de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent.*

Ganz dies und nur dies sagt denn auch die abschließende Definition des Ulpian in

fr. 3. §. 2. h. t.: Bonorum igitur possessionem ita recte definemus: *ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit.*

Das ius *persequendi* und *retinendi* ist in der Weise nebeneinander gestellt, wie wir dies wohl durch ein eingeschobenes „bezüglich" bezeichnen. Insbesondere das persequi umfaßt einestheils bei einer b. p. cum re wie sine re das Verfolgen der bona Dritten gegenüber und anderntheils das Verfolgen einem heres gegenüber, dem entgegen die b. p. cum re ja denkbarer Weise auch sogar sine re ist. Das retinere bezieht sich, wie wir aus einer andern Stelle Ulpian's sehen, vorzugsweise auf die (im Fall einer b. p. cum re auch nach schon durchgeführter Besitzerlangung dem bonorum possessor zustehende) Zurückweisung selbst des heres.

Ulp. XXVIII. 13.: Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re, cum is qui accepit, cum effectu *bona retineat* [45]); sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit [46]).

45) Die Huschke'sche Veränderung dieser Stelle: cum is, qui accipit, (accipit) cum effectu, (ut) bona retineat paßt nicht wohl zu Ulpian XXIII. 6., wonach das *cum effectu* gerade zur Erklärung des cum re verwendet wird. Vgl. auch über das cum effectu fr. 71. pr. de V. S. 50. 16.: capere *cum effectu* accipitur . . . ideoque non videtur quis capere quod erit restituturus.

46) Vgl. auch Gai. II. 119.: poterunt scripti heredes *retinere* hereditatem. II. 149.: ipsi *retinere* hereditatem possunt.

Wir können also jene Ulpian'sche Definition so übersetzen: „die bonorum possessio ist das Recht, das hinterlassene Erbvermögen mit Rechtsmitteln zu verfolgen und (unter Umständen auch sogar dem Civilberechtigten entgegen) zu behalten."

§. 1598. e.

Die einzelnen Klassen der ursprünglich gegebenen *bonorum possessio.*

86. — Rücksichtlich der einzelnen Klassen ist an diesem Ort verhältnißmäßig Wenig auszuführen. Indem die bonorum possessio hier zunächst als Complex der zu Cicero's Zeit bestehenden Elemente (diese Elemente aber gleich in der vollen wissenschaftlichen Entwicklung, wie sie uns die classischen Pandektenschriftsteller nachweisen) dargestellt wird, kann nach dem im §. 1598. a. Angegebenen lediglich erst von der (um mit Ciceronischen Ausdrücken zu reden) bonorum possessio quae ex testamento und lege datur, und andererseits von der sine testamento und sine lege data die Rede sein. Nur die bonorum possessio ex testamento wird hierunter einer genaueren Betrachtung bedürfen.

I. Die *bonorum possessio confirmandi iuris civilis gratia data.*

Es ist oben aus Cicero nachgewiesen, daß die Berufung des testamentarischen Erben und des Civilintestaterben, so wie wir davon die Fassung in den Verrinen noch wörtlich vor uns haben, der älteste Klassenstamm der bonorum possessio war (vgl. Ziff. 20.). Aber indem wir diesen ältesten Stamm hier zur Klärung der

Lehre von dem Uebrigen absondern, stellen wir nicht etwas gegenüber dem Justinianeischen Recht geschichtlich Vergangenes dar, sondern dieser alte Stamm bildet noch im Justinianeischen Corpus Juris den fortbestehenden Kern, um den sich alles Andere angesammelt hat. In dem Pandekten-Commentar hat also die Absonderung dieses Kerns um so mehr ihre volle Berechtigung, als ohne sie der Kern unter der Masse des Uebrigen leicht verdunkelt wird. Mit der nicht gehörigen Beachtung desselben würde aber (wie das ja auch so oft in dieser Lehre geschehen ist) der Halt verloren gehen, den die Betrachtung des großgewachsenen Instituts aus seinen ursprünglichen Bestandtheilen schöpfen muß. — Daß die alten das Civilrecht confirmirenden Klassen der bonorum possessio (Gai. IV. 34.) noch als Stück des Justinianeischen Rechts aufgeführt werden, ist außer allem Zweifel.

§. 1. I. de b. p. 3. 9.: Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris iuris, sed ***magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem.*** nam illis quoque, qui ***recte facto testamento heredes instituti*** sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem: item ab intestato ***suos heredes et agnatos*** ad bonorum possessionem vocat. sed et remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili. — — §. 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae . . . secunda, quam ***omnibus iure scriptis heredibus*** praetor pollicetur ideoque vocatur secundum tabulas. et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. et . . dat bonorum possessionem . . . secundo ***legitimis heredibus.*** §. 4. Sed eas quidem praetoria induxit iurisdictio.

nobis tamen nihil incuriosum praetermissum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes contra tabulas quidem et *secundum tabulas bonorum possessiones admisimus utpote necessarias constitutas* nec non ab intestato unde liberi et *unde legitimi* bonorum possessiones.

So ist denn auch für das Justinianeische Recht noch immer von unentbehrlicher Wichtigkeit, festzustellen, von welchem Grundgedanken diese confirmatorischen Klassen ausgegangen sind.

A. Die *bonorum possessio secundum tabulas*. Das Edict darüber lautete zu Cicero's Zeit (vgl. oben Ziff. 20.): si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem (hereditatem) dabo.

1) Die meisten hier zu erörternden Fragen lassen sich an die unmittelbare Interpretation dieser Edictsworte anknüpfen.

a) Was das: non minus quam e lege bedeute, ist oben schon ausgeführt worden (Ziff. 21.); ebenso, daß später in's Edict dafür direct gesetzt worden ist: septem testium signis signatae tabulae (oder signatum testamentum) [47]).

b) Weiter fragt sich, ob es im Edicte geheißen habe: hereditatem dabo oder: possessionem dabo? Ersteres schrieb nach den Handschriften geringerer Qualität die erste Orelli'sche Ausgabe; die zweite dagegen

47) Huschke Studien S. 18. setzt mit Unrecht diese positive Vorschrift der Signation mit 7 Siegeln schon für Cicero's Zeit voraus.

hat „possessionem“ nach besseren Texten aufgenommen. Ist also letztere Lesart die äußerlich am besten beglaubigte, so ist sie auch innerlich die befriedigendere [48]). Hereditatem dabo würde nach dem Begriffe des im Betreff eines Rechts vom Prätor ausgesprochenen *do* [49]) gar nicht den Sinn geben, den wir nach dem Wesen der bonorum possessio fordern müssen. Umgekehrt aber erklärt sich Alles in der zutreffendsten Weise, wenn possessionem gelesen wird [50]).

Ich komme hiemit auf die noch unberührte Frage, welche positive Basis denn eigentlich der Begriff und der früher herrschende Name unseres Instituts hat. Bisher war nur die Rede davon, wie Ulpian und Labeo die bonorum possessio für eine *iuris* possessio erklären. Aber die Frage liegt nahe, worauf sich denn diese Juristen für ihre Definition der bonorum possessio stützen? Da rücksichtlich dieser Begriffsbestimmung (einer keineswegs selbstverständlichen Sache) sich keinerlei Spur einer Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen findet, so muß man doch einen festen Edictalboden gehabt haben, wonach der Prätor seinen Willen, daß er einen Erbrechtsbesitz zutheilen wolle, ausspricht, und auf den sich dann die Rechtspraxis wie die Theorie mit voller Sicherheit gestützt haben. Dieser ist nun aber in den vorliegenden Edictsworten in der

48) Ich knüpfe hier an die oben Ziffer 20. Nr. 2. abgebrochene Erörterung wieder an.

49) „do, dico, addico“; s. Hartmann, Ordo iudiciorum (1859) I. S. 16. A. 1.

50) Auch in dem von Cicero in Verr. II. 1. 41—43. erzählten Annischen Fall werden aus dem Edicte die Worte: nec petitionem nec *possessionem dabo* erwähnt.

That vorhanden. Wenn es bloß hieße: si tabulae testamenti non minus . . . ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo, so würden allerdings die Worte zweideutig sein. Wovon die possessio? Hier könnte man, wenn man das „secundum" nicht genau beachtete (s. oben Ziffer 23.), ebensogut subintelligiren: die corpora hereditaria wie das ius heredis. Aber es gehen voran die Worte si de *hereditate* ambigitur, und diese, die denn auch als Titel des „caput de hereditatibus" verwendet wurden, sind für das Verständniß des Ganzen völlig unentbehrlich. Es kann kein Zweifel sein, daß hereditas hier nicht mit „Erbschaft" sondern „Erbrecht" zu übersetzen ist, denn nicht ist ungewiß, wo etwa die Erbschaft hingekommen, sondern wer der Erbe sei. Die Edictsworte sind also so zu verstehen: „wenn Ungewißheit über das Erbrecht ist, so werde ich zunächst dem Vorzeiger eines legal besiegelten Testaments den Besitz (des Erbrechts) geben." Bei possessionem ist mithin zu suppliren: hereditatis [51]). Damit aber haben wir vollständig die sichere edictale Grundlage, aus der die Juristen ihre Definition entnahmen.

Hiemit gewinnen wir denn auch den Schlüssel, der es erklärt, daß ursprünglich das Wort: hereditatis possessio das vorherrschende zur Bezeichnung unseres Instituts war. Offenbar, weil das Edict in dieser seiner Anfangsstelle über das Institut es selbst als eine hereditatis possessio bezeichnet. Daß der Name al-

51) Nachher bei der b. p. unde legitimi bedurfte es dann lediglich der Wiederholung des Worts possessio, das damit offenbar in gleichem Sinne wie bei der sec. tab. gebraucht war.

mälig abkam, und man nach den Anfangsworten des Interdicts quorum *bonorum* (s. Ziff. 23. bei A. 89.) den Ausdruck: bonorum possessor vorzog, erklärt sich zur Genüge daraus, daß der Ausdruck hereditatis possessor doppeldeutig ist und bei Erörterung der hereditatis petitio zur Zusammenfassung des pro herede und pro possessore possessor unentbehrlich war.

Hiermit ist denn auch der Schlußbeweis für die in dieser ganzen Darstellung durchgeführte Ansicht gewonnen, daß unser Institut von Anfang an eine Universalsuccession, ein Erbrechtsbesitz, nicht bloß eine Zutheilung der corpora hereditaria gewesen ist. Cicero bezeugt ausdrücklich, daß in diesen Worten von Anfang an tralaticisch das Institut formulirt gewesen sei. Sind aber gerade diese Worte das Fundament, auf dem es beruhte, daß die bonorum possessio eine *iuris* possessio war, so ist damit auch dargethan, daß die bonorum possessio von jeher eine iuris possessio gewesen ist.

Merkwürdig erscheint hiebei übrigens der Nebenpunkt, daß die diesem Edictspassus entsprechende Stelle des Gaius Zeichen in der Handschrift enthält, die dem Worte hereditas am meisten entsprechen, weßhalb denn auch die zweite Göschen'sche Ausgabe las:

II. 119.: Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti *hereditatem* pollicetur.

Freilich haben nun alle neueren Ausgaben statt dessen *bonorum possessionem* pollicetur (wobei nur nicht, wie in der Huschke'schen, das *bonorum* als textlich sicher mit geraden Buchstaben gedruckt werden durfte).

Es wäre aber gar nicht auffallend, wenn hier Gaius einmal *hereditatis possessionem* geschrieben hätte.

87. — c) Das ursprüngliche Edict lautet: si . . . *ad me proferentur.* Dieser Punkt ist dann später geändert worden, indem das Edict nur die Vorschrift aufstellte: si septem signis testium signatum *extet* testamentum [52]) (Ziff. 20. A. 77.); d. h. also es wurde nicht mehr für unumgänglich nöthig erklärt, daß das Testament dem Prätor zur Besichtigung vorgelegt werde. Vielmehr forderte der Prätor nur noch, daß ein mit der vorgeschriebenen Siegelzahl versehenes Testament da sei *(extare tabulas)*, oder wenigstens mortis tempore dagewesen sei.

Fr. 1. §. 2. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Ulp.): Sufficit autem *extare tabulas etsi non proferantur,* si certum sit eas extare. igitur etsi apud furem sint vel apud eum, apud quem depositae sunt, dubitari non oportet admitti posse bonorum possessionem: nec enim opus est aperire eas, ut bonorum possessio secundum tabulas agnoscatur. §. 3. *Semel* autem *extitisse tabulas mortuo testatore* desideratur, tametsi extare desierint: quare et si postea interciderunt, bonorum possessio peti poterit [53]).

Da aber in der b. p. sec. tab. der Grundge-

52) Fr. 1. §. 11. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Ulp.): Dicendum est: *signatas tabulas . . . extare.*

53) S. noch fr. 3. si tab. test. null. *extabunt* 38. 6. (Ulp.): Bonorum possessio potest peti ab intestato, si certum sit, *tabulas non extare* septem testium signis signatus.

danke liegt, daß sie ein Erbitten des Besitzes auf der Voraussetzung des vom Eingesetzten als existent (im späteren Interdictsproceß) nachgewiesenen Testaments sei, so ist, auch als man der Prolation den Nachweis des Extirens der tabulae gleichstellte, nothwendige Voraussetzung geblieben, daß dem nachsuchenden Erben das extare der tabulae auch bekannt sei.

Fr. 1. §. 4. eod.: Scientiam tamen exigemus, ut *sciat heres extare tabulas* certusque sit delatam sibi bonorum possessionem [54]).

Dieser Edictalvorschrift vom extare der tabulae ist, um sie besonders zu betonen, in den Digesten ein eigener Titel gewidmet XXXVII. 2., in welchem durch ein Paulinisches Fragment der Satz noch genauer explicirt wird.

Fr. un. si tabulae testamenti *extabunt* 37. 2.: Heredi cuius nomen inconsulto ita deletum sit, ut penitus legi non possit, dari bonorum possessio minime potest, quia ex coniectura non proprie scriptus videretur, quamvis si post *prolatas* tabulas deletum sit testamentum, bonorum possessio competat: nam et si mortis tempore tabulae fuerint, licet postea interierint, competet bonorum possessio, *quia verum fuit tabulas extare*.

Vergleichen wir diese spätere Edictalvorschrift des Extirens der tabulae noch einmal mit dem oben erläuterten Verrinischen Edict, so ergiebt sich, daß — wenn wir im Uebrigen absehen von der speciellen dem

54) Vgl. auch fr. 1. §. 4. de iur. et fact. ign. 22. 6. (Paul.): Idem dicemus (daß ein error iuris vorliege), si ex asse heres institutus non putet se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas; quodsi *nesciat esse tabulas*, in facto errat.

Verres untergelegten betrüglichen Absicht — beide sich sehr nahe stehen. Also kann auch das Verrinische Edict, als einen durchaus gesunden Gedanken in sich bergend, der Anlaß zu der späteren Rechtsänderung gewesen sein. Nur ist das Verrinische Edict — möglicherweise um durch die Unklarheit Gelegenheit zu unsauberen Speculationen zu geben — in einer doppelten Richtung unpassend formulirt. Einerseits sonderte es, indem es die Prolation der tabulae für nicht nothwendig erklärte, anstatt derselben nicht das extare der tabulae in dem vorher erwähnten Sinn, sondern ließ jedes factum esse des Testaments als hinreichend zu. Und andererseits versteckte es unter dem zweideutigen *qui dicet* nicht blos einen wirklich genügenden Nachweis des Extirens, sondern auch ein ganz unmotivirtes Behaupten des Bestehens eines Testaments.

d) Das Edict, indem es heißt: si *tabulae* . . . ad me proferentur, bezieht sich lediglich auf schriftliche Testamente. Es ist also kein Zweifel, daß nach dem Buchstaben des Edicts mündliche Testamente von dem Beneficium, auf Grund desselben den Erbbesitz zu erbitten, ausgeschlossen wurden [55]). Da nun überhaupt mündliche Testamente sehr selten waren, also eine practische Wichtigkeit der Frage überhaupt nicht innewohnte, so rechtfertigte es sich, daß man auch dann, als zweifellos eine bonorum possessio auf Grund mündlicher Testamente schon bestand, immer für die ganze testamentarische Klasse den technischen Namen der secun-

55) L. 2. C. de b. p. sec. tab. 6. 11. (Gordian 242.): Bonorum quidem possessionem *ex edicto praetoris non nisi* secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit.

dum *tabulas* bonorum possessio beibehalten hat. Im Uebrigen kann die Frage wie und wann im Genaueren die bonorum possessio secundum nuncupationem zugelassen worden ist, auf die Erklärung des Titels von der secundum tabulas b. p. verschoben werden. Nur das möge hier bereits hervorgehoben sein, daß da, wo wir den Juristen Julian in einem besonderen Falle die b. p. secundum nuncupationem zulassen sehen, wir finden, daß er sich (im Gegensatz zu den verba edicti) auf die *sententia* praetoris, also auf das, was nach Sinn und Geist der Edictsvorschrift anzunehmen ist, beruft [56]).

88. — e) Der wichtigste Punkt für unsere Betrachtung an diesem Ort ist, daß der Prätor seine b. p. sec. tab. nur denjenigen gewähren will, welche sich auf ein Testament stützen: si tabulae *testamenti* . . . ad me proferentur. Es ist genauer festzustellen, was darunter zu verstehen ist, und welcher Art das Testament war, aus dem eine bonorum possessio secundum tabulas erbeten werden konnte.

Um dies verständlich zu machen, muß zunächst in kurzen Zügen angedeutet werden, welche Testamentsformen das römische Civilrecht in der Zeit darbot, in welcher das prätorische Recht der Verleihung des Erbbesitzes sich entwickelt hat. Von den ältesten Formen der Testamente (den calatis comitii und in procinctu gemachten) ist, da sie mit der bonorum possessio in gar keiner Beziehung stehen, hier abzusehen [57]). Es ist sicher, daß in der Zeit, der die bonorum possessio ihren Ur-

56) Fr. 8. §. 4. de b. p. sec. tab. 37. 11.
57) Gai. II. 101.

sprung verdankt, lediglich ein einziges Testament, das Mancipationstestament, d. h. ein Act vor einem familiae emtor, libripens und quinque testes, bestand [58]). Es hat dies verschiedene Phasen durchgemacht, von denen die letzte es ist, an welche sich die bonorum possessio secundum tabulas angeknüpft hat.

Man zerlegte den Act in zwei Bestandtheile: die familiae mancipatio und die nuncupatio [59]). In früherer Zeit waren diese so getrennt, daß durch die familiae mancipatio der familiae emtor heredis locum erhielt, und sodann in der nuncupatio (nach dem Satze der 12. Taf.: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto) vom Erblasser dem familiae emtor das aufgetragen wurde, was weiter nach seinem Tode geschehen solle [60]). In der späteren Zeit dagegen wurde die familiae mancipatio zum reinen Solennitätsact und die nuncupatio erst zur vollen nuncupatio *testamenti*, indem jetzt in der nun-

58) Gai. II. 102.: Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram scilicet quia per mancipationem peragitur.

59) Ulp. XX. 9.: In testamento quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti.

60) Gai. II. 103.: sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat; namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet.

cupatio Erbeinsetzung und Legate oder überhaupt der ganze materielle Inhalt des Testaments vereinigt wurde, der von der vorausgehenden familiae mancipatio seine formelle Solennitätskraft erhielt[61]). In dieser späteren Phase war daher auch der familiae emtor, der in der früheren dem Testator als Hauptperson gegenüberstand, zu einer dem libripens und den quinque testes im Wesentlichen gleichartigen bloßen Solennitätsperson geworden, so daß bereits Cicero alle diese sieben bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Solennitätspersonen einfach mit dem Namen *testes* bezeichnen konnte[62]).

Bei diesem Testament, das, wie bemerkt, seine for-

61) Gai. l. c.: nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

62) Ad Herenn. I. §. 23.: Malleolus iudicatus est matrem necasse . . . et in carcerem ductus est. Qui defendebant eum, *tabulas* in carcerem afferunt, *testamentum* ipso praesente conscribunt, *testes* rite affuerunt, de illo supplicium paulo post sumitur. Ii qui heredes erant *testamento*, hereditatem adeunt. Frater minor Malleoli, qui eum oppugnaverat in eius periculo, suam vocat hereditatem lege agnationis . . . ratiocinatio nascitur, quare potuerit aut non potuerit iure testamentum facere. De Invent. II. § 149.: ... Interea quidam eius familiares in carcerem *tabulas* afferunt et *testes* adducunt: heredes quos ipse iubet scribunt: *tabulae* obsignantur; de illo post supplicium sumitur. Inter eos qui heredes in *tabulis* scripti sunt, et inter agnatos de hereditate controversia est . . . . per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, habueritne testamenti faciendi potestatem.

melle Kraft aus der familiae mancipatio, seinen Inhalt aus der nuncupatio schöpft, muß als ursprüngliche äußere Gestaltung nothwendig angenommen werden, daß es mündlich vorgenommen wurde. Der ganze Act besteht aus mündlich vorzutragenden Formeln, und insbesondere das Wort nuncupatio ist gerade von der Mündlichkeit hergenommen[62a]). Es ist offenbar erst eine aus verschiedenen Zweckmäßigkeitsgründen leicht erklärliche Weiterbildung, daß man den Solennitätsact auch für schriftliche Testamente einrichtete, indem man die Formel einer generalis nuncupatio aufstellte und damit zuließ, daß der die tabulae in der Hand haltende Testator das in ihnen Geschriebene mit derselben Kraft versehen konnte, als wenn er es Alles einzeln nuncupirt hätte[62b]). Die Zulassung dieser Formel der generalis nuncupatio ist also die Einführung des schriftlichen Testaments, welches durch seine practische Brauchbarkeit gegenüber dem rein mündlichen Testiren sich bald so sehr die Herrschaft errungen hat, daß bei den Darstellungen unserer Quellen es für gewöhnlich ganz allein erwähnt wird[62c]), das mündliche Testament

62a) Gai. II. 104.: nuncupare est enim *palam nominare.*

62b) Gai. l. c.: deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: „Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote"; et hoc dicitur nuncupatio . . . et sane quae testator specialiter *in tabulis testamenti* scripserit, *ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.* Ulp. XX. 9. Vgl. auch fr. 9. §. 5. de her. inst. 28. 5.: nec nuncupatum videri quod contra voluntatem scriptum est.

62c) S. auch Cic. de orat. I. §. 228.: tamquam in procinctu testamentum faceret, *sine libra atque tabulis.*

also darunter ganz zu verschwinden scheint. Und doch hat dieses rein mündliche Testament unverändert fortbestanden, und es hat ja dies nuncupativum testamentum im eng. S. auch immer, wie ganz ebenso noch heutzutage, den selbständigen freilich nur für seltene Fälle eintretenden Nutzen, daß man auf diese Weise in der schnellsten Art namentlich bei augenblicklicher Todesgefahr, wo eine schriftliche Abfassung nicht mehr möglich ist, seinem letzten Willen noch Rechtsform geben kann. Horaz ist bekanntlich mit solchem Testament gestorben [62d]), und in unseren Digesten ist doch eine ziemlich große Anzahl von Stellen enthalten, in denen das nuncupativum testamentum als eine geltende Rechtsinstitution erwähnt wird [63]).

Das allgemein herrschende schriftliche Testament, die *tabulae testamenti* (s. die Stellen in A. 62. b. u. d.), kann nun aber nie anders gestaltet gedacht werden als obsignirt. Es ist dies das Mittel, wodurch die Zeugen an der Urkunde selbst die Möglichkeit fixiren, später

62d) Sueton. in vita Hor. c. ult.: herede Augusto palam *nuncupato*, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas *testamenti tabulas*. — Vgl. fr. 25. qui test. fac. poss. 28. 1.: si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset.

63) Fr. 21. pr. §. 1. qui test. fac. poss. 28. 1.; fr. 25. eod. (hier wird das mündliche Testament als dem Servius und Labeo bekannt erwähnt); fr. 1. §. 1. de her. inst. 28. 5.; fr. 58. pr. eod.; fr. 20. §. 1. de vulg. et pup. 28. 6.; fr. 24. de test. mil. 29. 1.; fr. 20. de codicill. 29. 7.; fr. 8. §. 4. de b. p. sec. tab. 37. 11. — Vgl. l. 2. C. de b. p. sec. tab. 6. 11.; l. 1. C. de b. p. c. t. libert. 6. 13.; l. 5. C. de test. 6. 23.

constatiren zu können, daß der Erblasser gerade diese Urkunde in der Hand hatte und von ihr erklärte, sie enthalte seinen letzten Willen. Auf diesem physischen Hinweisen auf die vorhandenen tabulae und darauf, daß in Folge dieser Hinweisung der generalis nuncupatio Alles im Testament Geschriebene so gilt als wenn es speciell ausgesprochen worden wäre, — beruht die Rechtskraft des Testaments. Also die Zeugen müssen sich an der Urkunde gleich nach der erblasserischen Erklärung ein Zeichen machen, um ihre Identität stets wieder erkennen zu können, und dies Zeichen ist nach römischer, gar nicht bloß für Testamentsurkunden verwendeter, Rechtssitte die Obsignation [64]). Danach werden denn auch die bei Errichtung des Testaments mitwirkenden Solennitätspersonen, ebenso wie sie kurz testes heißen, von ihrer äußeren Thätigkeit die *obsignatores* genannt [65]).

89. Wie stellt sich nun diesem civilrechtlichen Testamente die secundum tabulas b. p. gegenüber? Wir lassen die Frage vom mündlichen Testamente hier bei Seite, und beschränken uns auf das schriftliche, von dem, als dem practisch allein wichtigen, die verba edicti lediglich handeln.

In Beziehung auf die Bedeutung der sec. tab. b. p. gegenüber dem Civiltestament ist die früher herrschende Ansicht die, daß der Prätor mit seinem Edict

64) Vgl. über das im Text kurz Zusammengestellte meine Bon. Poss. I. S. 146—167.; s. auch noch Savigny Verm. Schr. I. S. 137. A. 1.; Fein in diesem Commentar XLIV. S. 104. A. 69.

65) Vgl. Cic. pr. Cluent. 13. 14. — Meine Bon. Poss. I. S. 163. A. 5.

eine neue einfachere Testamentsform, das s. g. prätorische Testament von 7 Siegeln, eingeführt habe. Diese Ansicht kann als durch die Ausführungen von Treckell, Dernburg und Fabricius widerlegt betrachtet werden, und sie ist mit den aus Gaius uns zu Theil gewordenen Aufklärungen auch in der That völlig unvereinbar [66]). Anknüpfend an die eben genannten Schriftsteller habe ich sodann [67]) das Princip formulirt:

> daß der Prätor in der b. p. sec. tab. eine nicht dem Civilrecht entgegenstrebende, sondern rein auf die civilrechtlichen Grundsätze über Gültigkeit der Testamente gebaute testamentarische Succession aufgestellt habe.

Ich halte dies Princip noch jetzt für unumstößlich. Nur habe ich es früher getrübt durch die schon erwähnte irrige Ansicht über eine vom Prätor aufgestellte Wahrscheinlichkeitsrechnung rücksichtlich der Gültigkeit der Testamente und eine demgemäß vom Prätor selbst dirigirte Cognition über das Beweismaterial, wonach ich zwischen bedingenden und vernichtenden Beweisen unterschied. Jenes richtige Princip läßt sich nun aber von dieser irrigen Auffassung sehr einfach säubern, und indem ich dies im Folgenden thun werde, habe ich mich zugleich gegen Hingst zu wenden, der im begründeten Kampfe gegen meine Theorie von den bedingenden und vernichtenden Beweisen über das Ziel hinaus geradezu wieder Rückschritte zu der alten Auffassung macht, wonach der Prätor von vorn herein die Absicht gehabt

66) S. hierüber meine Bon. Poss. I. S. 143—145.

67) In meiner Historia bonorum possessionis secundum tabulas. Gött. 1841, und meiner Bon. Poss. I. S. 167—188. — Vgl. Janssonius l. c. p. 92—101.

habe, im Gegensatz zum Civilrecht eine eigene prätorische Testamentsform zu gründen.

Hingst meint (l. c. p. 167.), niemals habe der Prätor das ius civile in der b. p. sec. tab. rein confirmirt, sondern schon zu Cicero's Zeit sei die bonorum possessio aus einem civilrechtlich (wegen mangelnder familiae mancipatio oder nuncupatio testamenti) formell ungültigen Testamente eine gültige, wenn auch nicht (immer) eine cum re, gewesen. Der Prätor sei (p. 221.) von Anfang an den Solennitäten nicht günstig gewesen, deren Beweis oft ein schwieriger war. Indem ich voraussetzte, daß der Prätor ein gültiges Testament bei seiner sec. tab. b. p. vor Augen habe, (p. 205.), verfiele ich stets in den Irrthum, daß ich testamentum und tabulae verwechselte. Es sei aber gerade von dem größten Gewicht (p. 220.), daß der Prätor nicht eine b. p. secundum ***testamentum*** gebe, auch nicht eine secundum ***tabulas***, sondern eine secundum ***tabulas testamenti***, und das müsse übersetzt werden: „in Gemäßheit testamentarischer Tabulä." Darin liege, daß der Prätor drei Requisite aufgestellt habe: tabulae von 7 signa, testamentifactio, und eine utilis institutio, denn ohne testamentifactio und eine utilis institutio könne man nicht von einem Testament reden. Ob weiter der Prätor auch unitas actus, conventio testium in unum, praesentia testatoris gefordert habe, sei nicht zu constatiren, man müsse sich in Betreff solcher omittirter Solennitäten an das Princip halten, daß der Prätor den Solennitäten nicht günstig gewesen sei.

Ich halte dies Alles für quellenwidrig. Zunächst ist so zu bezeichnen die Betonung des besonderen Begriffs von „testamentarischen ***tabulae***", worin liegen

soll, daß der Prätor aus dem Civilrecht einige Punkte: tabulae mit 7 Siegeln, Testamentifaction und utilis institutio herausgegriffen und damit, indem er die übrigen Vorschriften des Civilrechts bei Seite legte, eine neue Testamentsgestaltung geschaffen habe. Es sind vorher Stellen citirt worden, nach denen einfach das civilrechtliche Testament „tabulae testamenti" genannt wurde, (A. 62. b. u. d.), also kann nun auch, wenn der Prätor diese Worte im Edict gebrauchte, damit kein besonderer Sinn verbunden worden sein. Denn wäre er damit verbunden gewesen, so würde seitdem die Verwendung derselben Worte für das civilrechtliche Testament, so wie wir sie bei Sueton und Gaius finden, nicht mehr möglich gewesen sein. — Was sodann die Hingst'sche Behauptung: *nunquam* (b. p. sec. tab.) ius civile mere confirmavit, betrifft, so steht ihr der §. 1. I. de b. p. 3. 9. direct entgegen: aliquando neque emendandi neque impugnandi veteris iuris, sed magis *confirmandi gratia* pollicetur bonorum possessionem. nam illis quoque qui *recte facto testamento* heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Hier wird unser Satz ausdrücklich ausgesprochen, daß die b. p. secundum tabulas, d. h. also die für schriftliche Testamente aufgestellte b. p., confirmandi iuris civilis gratia den in einem recte factum testamentum Eingesetzten gegeben werde, und unter dem recte factum ist, da darin die confirmatio des alten ius liegen soll, ohne allen Zweifel ein iure civili factum testamentum zu verstehen. Und dieser Satz der Institutionen, der wohl aus dem hier (p. 133.) unleserlichen Gaius entnommen ist, stimmt ja auch vollständig mit der urkundlich ältesten Fassung des Edicts überein. Das Edict sagt, es wolle

die bonorum possessio aus tabulae testamenti geben. Darunter kann nach dem eben Bemerkten nur ein civilrechtlich gültiges Testament verstanden werden, und darin liegt also mit voller Sicherheit, daß eine demgemäß gegebene b. p. nur dann als *ex edicto* ertheilt erscheint, wenn die Urkunde sich hinterdrein (bei den Processen aus der bonorum possessio) nach allen Seiten als ein gültiges (recte factum) Testament erweist. Man darf nie vergessen, daß auch die classischen Juristen noch immer auf dem Standpunkt stehen, es gebe nur eine einzige Art von Testament, das Mancipationstestament [68]). Dasjenige, was sich später den Namen des prätorischen Testaments erringt, ist allerdings bei den juristischen Classikern schon vorhanden, aber es trägt noch den Namen des non iure factum testamentum [69]), und man ist in steter Gefahr, Verwirrung in die Lehre zu bringen, wenn man entgegen diesem Standpunkte der Classiker schon einfach für ihre Zeit von einem „prätorischen Testament" redet.

Hält man diesen Gesichtspunkt fest, daß tabulae testamenti lediglich das allein vorhandene (schriftliche) Civiltestament bedeuten [70]), so heißt also die Edictsbestimmung, daß secundum tabulas *testamenti* die bonorum possessio gegeben werden soll, so viel als:

alle Punkte, die die tabulae hinterdrein als civilrechtlich ungültig (d. h. nicht als Testament im juristischen Sinn) erscheinen lassen, machen auch die

68) Gai II. 103: hoc vero *solum*, quod per aes et libram fit, *in usu retentum est.* Ulp. XX. 2.: hodie *solum in usu est*, quod per aes et libram fit.

69) Später wird dies genauer dargestellt werden.

70) Vgl. auch z. B. fr. 23. 25. §. 2. de Scto Silan. 29. 5.; fr. 5. 13. §. 1. fr. 20. de iure cod. 29. 7.

ertheilte b. p. sec. tab. zu einer nicht *ex edicto* data.

Wenn demnach das ursprüngliche Edict hinzufügt, daß diese dem Prätor zu proferirenden tabulae: non minus multis signis quam e lege (d. h. nach dem bestehenden Ortsrechte, also in Rom: *iure civili*) oportet, signirt sein müssen, so ist das keine Limitation, wonach der Prätor sagte: ich werde mich nur in der Siegelzahl nach dem Civilrecht richten, im Uebrigen aber die Testaments-Formvorschriften des Civilrechts außer Acht lassen. Diesen Sinn würde der Satz haben, wenn er lautete: si tabulae ad me proferentur non minus multis signis signatae quam e lege oportet. Da es aber heißt: si tabulae *testamenti* ad me proferentur non minus rel., so bedeutet das Zweierlei:

α) Ich werde die de plano-Ertheilung der b. p. sec. tab. vornehmen, sobald mir nur eine äußerlich den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Urkunde vorgelegt wird.

β) Diese bonorum possessio ist aber nur dann eine *ex edicto* data, wenn sich bei den der Ertheilung etwa folgenden Processen (Int. quor. bon. u. s. w.) das Testament als ein wirklich recte factum erweist. —

Also die secundum tabulas bonorum possessio in ihrer ursprünglichen bei Cicero uns noch vorliegenden Fassung ist lediglich eine ex *testamento* (aus einem civilrechtlich gültigen schriftlichen Testament) gegebene [71].

71) Hiemit ist denn auch bewiesen, daß man die edictale Signationsvorschrift nicht in dem Sinne nehmen darf, als habe der Prätor die ursprüngliche b. p. sec. tab. dem Erwerber „als dem wahrscheinlichen heres" zugetheilt; s. oben Ziff. 37. Art. 18.

Als solche bezeichnet sie ja auch ausdrücklich Cicero dadurch, daß er die außerhalb der civilrechtlichen Klassen aufgestellte negativ: die sine *testamento* und sine lege proponirte nennt.

90. Das hiemit bewiesene Princip erweist sich denn auch in den Einzelnheiten als richtig. Es sind von Hingst ganz willkürlich, außer den tabulae von 7 Siegeln, zwei Punkte herausgegriffen worden: die testamentifactio und die utilis institutio, welche vom Prätor zu Requisiten seiner secundum tabulas b. p. gemacht worden wären. Hingst führt dafür einige (gleich zu berührende) Pandektenstellen an; aber wenn die römischen Juristen diese Sätze aussprachen, so mußten sie doch dafür eine edictale Grundlage haben. Daß diese zwei Requisite besonders im Edict namhaft gemacht wären, davon wissen wir ja, da das Edict noch vor uns liegt, das Gegentheil. Also die römischen Juristen können sie nur aus dem Edictsworte testamentum abgeleitet haben. In diesem Edictsworte liegt nun aber, daß nicht bloß diese zwei Requisite, sondern alle Erfordernisse des Civilrechts in Betracht kommen, um die b. p. sec. tab. als eine ex edicto ertheilte erscheinen zu lassen.

In der That stehen denn auch die classischen Juristen bei den speciellen sich darbietenden Fragen ganz auf dem Standpunkt der einfachen Argumentation: „weil ein Fehler nach Civilrecht Nichtigkeit zur Folge hat, so muß solcher zu Tage tretende Fehler auch die bonorum possessio zu einer nicht ex edicto data machen.“ Also es ist eine direct aus dem Grundprincip der b. p. sec. tab. hervorgehende Consequenz, daß ein einzelner civilrechtlicher Testamentsmangel auch beim

Prätor gilt. Betrachten wir die Detailfragen etwas genauer.

a) Der Prätor verlangt eine utilis institutio. Fr. 6. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Ulp.): Hi demum sub conditione heredes instituti bonorum possessionem secundum tabulas etiam pendente conditione nondum impleta petere possunt, ***qui utiliter sunt instituti***: quodsi inutiliter quis sit institutus, ***nec ad bonorum possessionem inutilis institutio proficit.***

Fr. 12. eod. (Paul.): Ut scriptus heres agnoscere possit bonorum possessionem, exigendum puto, ut et demonstratus sit propria demonstratione et portio ei adscripta inveniri possit, licet sine parte institutus sit: nam qui sine parte heres institutus est, vacantem portionem vel alium assem occupat. Quodsi ita heres scriptus sit, ut interdum [in totum? *Mommsen*] *excludatur a testamento*, eo quod non invenitur portio, ex qua institutus est, ***nec bonorum possessionem petere potest.***

Der Gedankengang dieser Stellen ist offenbar der: es ist eine civilrechtliche Vorschrift, daß die institutio eine utilis sei, und daher kann der inutiliter Instituirte so wenig, wie zur civilrechtlichen Succession, zur prätorischen gelangen[72]). Im juristischen Sinn

72) Auch den Satz des Civilrechts, daß das gültige Testament lediglich das letzte sein kann, indem das frühere durch das spätere rumpirt wird, fr. 1. 2. de iur. rupto 28. 3., adoptirt einfach der Prätor; fr. 1. §. 1. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Ulp.): Non autem omnes tabulas praetor sequitur hoc parte edicti, sed *supremas*, hoc est eas, quae novissimae ita factae sunt [post quas nullae factae sunt]: supremae enim hae sunt non quae sub ipso mortis tempore factae

kann er die sec. tab. b. p. gar nicht petere; erhält er sie zunächst de plano, so nützt ihm dies gar nichts (nec ad bonorum possessionem proficit), denn sobald er etwa aus der b. p. mit dem Int. quor. bon. auftreten will, so kann ihm jeder Besitzer die Inutilität seines Instituirtseins entgegenhalten, d. h. ausführen, daß seine b. p. nicht *ex edicto* data sei.

Lediglich eine Anwendung hievon ist auch folgender Fall:

Fr. 2. §. 7. eod.: Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur ***bonorum possessionem petere eum non posse***, quemadmodum non potest, qui heres scriptus est non consulto testatore: ***nam pro non scripto est quem scribi noluit***. Der Jurist gebraucht hier den für das Civilrecht bestehenden Grund (fr. 9. pr. de her. inst. 28. 5.: neque eum heredem esse, qui scriptus est quoniam voluntate deficitur) als selbstverständlich auch für die bonorum possessio geltend [73]).

sunt, sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint. Dieser Punkt von den supremae tabulae scheint im späteren Edict noch besonders namhaft gemacht zu sein, fr. 163. pr. de V. S. 50. 16, ohne daß darin läge, daß er etwas vom Civilrecht Abweichendes enthielte.

73) Da der Prätor überhaupt in Gemäßheit („secundum") des ganzen Inhalts des Testaments die Universalsuccession zusagt, so versteht sich von selbst, daß auch von jeher in Ermangelung des institutus der substitutus zur b. p. zugelassen worden ist. Hindeutungen hierauf finden sich auch in den oben schon erwähnten Stellen des Cicero und des Plinius. 1) Cicero (in Verr. II. 1. c. 41—44) erzählt, daß Verres mit Rücksicht auf den Fall des C. Annius Asellus in un-

β) Ganz ebenso ist die Behandlungsweise in Betreff der Frage von der testamentifactio. Die römischen Juristen berufen sich in Betreff derselben nicht darauf, daß der Prätor speciell dies Erforderniß aus dem Civilrecht für seine b. p. sec. tab. adoptirt habe, sondern sie sagen ganz allgemein: das Testament ist nullum d. h. iure civili nichtig, und also kann auch keine bonorum possessio daraus erbeten werden.

Fr. 19. qui test. fac. poss. 28. 1. (Modest.): Si filiusfamilias aut pupillus aut servus ***tabulas testamenti*** fecerit, signaverit [d. h. der formellen Vorschrift des prätorischen Rechts ist genügt [74]], ***secundum eas bonorum possessio dari non potest***, licet filiusfamilias sui iuris aut pupillus pubes aut servus liber factus decesserit, ***quia nullae sunt tabulae testamenti***, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit.

Es ist wohl zu beachten, daß der Jurist hier zweimal den Ausdruck tabulae testamenti verwendet, nicht in einem besonderen prätorischen Sinn, den Hingst

berechtigter Weise die bonorum possessio für die Instituirte hinweggeräumt habe (neque petitionem neque possessionem dabo), damit dann in regulärem Wege die Succession (also sowohl petitio wie possessio) dem secundus heres offen stehe. 2) Von Plinius wird in der (oben Ziff. 18. A. 51.) mitgetheilten Stelle es als eine auffallende Verfügung erzählt, daß der Prätor dem instituirten erst im 13ten Monat geborenen Kinde, in Vorzug vor dem secundus heres (der nun nicht zur bonorum possessio gelangte, sondern lege agere mußte) die bonorum possessio gegeben habe.

74) Vgl. unten Ziff. 92.

diesen Worten unterlegt, sondern einfach, wie in jenen oben citirten Worten (Anm. 62. b. u. d.) des Sueton und Gaius (vgl. auch Anm. 70.), für ein den civilrechtlichen Erfordernissen entsprechendes Testament [75]).

Gerade diese Frage von der testamentifactio wird bereits von Cicero in ganz gleichem Sinn besprochen.

Cic. Top. IV. §. 18.: Ab adiunctis: si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit, non videtur *ex edicto praetoris* secundum eas tabulas possessio dari [76]). Adiungitur enim, ut *secundum servorum, secundum exulum, secundum puerulorum tabulas* possessio videatur ex edicto dari. XI. §. 50.: Ab adiunctis autem posui equidem exemplum paullo ante, multa [scilicet] adiungi, quae suscipienda essent, si statuissemus *ex edicto secundum eas tabulas possessionem dari, quas is instituisset, cui testamentifactio nulla esset.* Sed locus hic magis ad coniecturales causas quae versantur in iudiciis valet; cum quaeritur, quid aut sit aut evenerit aut futurum sit aut quid omnino fieri possit.

Cicero sagt, wenn man die bon. poss. sec. tabulas bei einer Erblasserin quae se nunquam capite deminuit [77]) zulassen wollte, dann müßte man auch die bonorum possessio aus Testamenten von servi exules oder pueruli als ex edicto ertheilt zugestehen.

75) S. auch z. B. fr. 21. de condit. et dem. 35. 1.; fr. 7. de lege Corn. de fals. 47. 10.

76) Cic. ad fam. 7. 21.: negare aiebat Servium *tabulas testamenti* esse eas, quas instituisset is, *qui factionem testamenti non habuerit.*

77) Vgl. hierüber Huschke de causa Silian. Studien (1830) p. 15. sq.

Man müßte dann überhaupt einräumen, daß eine b. p. secundum tabulas bei einem Erblasser, dem die testamentifactio fehlt, als *ex edicto data* erscheinen könnte. Offenbar, meint Cicero, ist das eine Unmöglichkeit, denn die bonorum possessio ist im Edict secundum tabulas *testamenti* zugesagt. Und doch sind, um mit den vorher citirten Worten Modestin's zu reden, *nullae* tabulae *testamenti*, quas is fecit, qui *testamenti* faciendi facultatem non habuerit [78]).

91. Die practischen Unterschiede zwischen der Stellung eines bonorum possessor, dessen bonorum possessio als *ex edicto data non intelligitur*, und eines solchen, dem (in der oben erläuterten Weise) eine bonorum possessio *sine re* eingeräumt wird, sind von der größten Bedeutung. Diesen Gegensatz gleich hier hervorzuheben, ist deßhalb nöthig, weil, wie später genauer darzustellen ist, in diesem Gebiete der bon. poss. secundum tabulas sich wichtige Fälle entwickelt haben, in denen die bonorum possessio trotz eines civilrechtlichen Fehlers als *ex edicto data* erschien und nur von gewissen Civilerben zur sine re gemacht werden konnte. Die Hauptpunkte des Gegensatzes mögen hier zusammengestellt werden.

a) Ist eine bonorum possessio ex edicto data (auch wenn sie zur sine re gemacht werden kann), so liegt darin, daß die bonorum possessio später gestellten Klassen nicht mehr ex edicto verliehen wird; d. h.

78) Andere Stellen über das Erforderniß der testamentifactio: fr. 59. §. 4. de her. inst. 28. 5.; fr. 1. §. 9. fr. 2. fr. 19. de b. p. c. t. 37. 4.; fr. 1. §. 8. de b. p. sec. tab. 37. 11.; Ulp. XXIII. 6.

auch wenn ein in späterer Klasse Stehender zunächst de plano und ohne weitere Untersuchung von Seiten des Prätors die bonorum possessio erhalten hat, so kann er doch mit dem Interdictum quorum bonorum gegen Niemand etwas ausrichten, weil seine bonorum possessio nicht als ex edicto ertheilt sich erweist. Also auch eine b. p. sine re sistirt de iure die weitere Ertheilung der bonorum possessio.

Nicht so eine b. p. quae data non intelligitur. Ist z. B. aus einem falsum testamentum b. p. sec. tabulas ertheilt worden, so kann ein Cognat, der die falsi accusatio unternimmt, gleich die b. p. quae sine testamento und sine lege datur erbitten. Ja sogar er muß, wenn er seiner accusatio sicher ist, dies sogleich thun, wenn er nicht seine Frist der bonorum possessio verlieren will [79]). Also auch wenn es sich erst später in dem betreffenden Processe erweist, daß das Testament nichtig sei, so gilt doch die daraus empfangene bonorum possessio als juristisch gar nicht ertheilt, und der Hinterstehende hat ein Recht auf die bonorum possessio.

β) Wer eine bonorum possessio ex edicto erhalten hat, kann, wenn es eine zur sine re zu ma-

79) Nur kann ihm in dieser Hinsicht die Nichterbittung der b. p. leichter entschuldigt werden fr. 14. h. t. (Pap.): Cum quidam *propinquus falsum testamentum* accusaret ac post longum spatium temporis probasset, licet *dies ei petendae possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit*, cessisse videtur, attamen quia hoc proposito accusationem instruit [instituit?], ut ius suum sibi servet, agnovisse successionem non immerito videbitur.

chende ist, eben nur von dem mit der hereditatis petitio gegen ihn auftretenden zur Reclamation der hereditas berechtigten Civilerben vertrieben werden. Tritt dieser Berechtigte gar nicht auf, so wird die bonorum possessio zur cum re. Aber auch angenommen, er werde hinterdrein auftreten, so ist der bonorum possessor doch vollständig zu jener interimistischen Beherrschung der Erbschaft berechtigt, wie sie oben als Ausfluß einer gültig ertheilten, wenn auch hinterdrein zur sine re werdenden, bonorum possessio geschildert worden ist. Also der bonorum possessor kann einstweilen (jedenfalls gegen Dritte) ganz rechtsgültig das Interdictum quorum bonorum durchführen, kann die Schuldner einklagen und von den Gläubigern belangt werden, und die in Betreff der Forderungen und Schulden erfolgten Zahlungen sind rechtsgültig gemacht.

Ist dagegen eine bonorum possessio non ex edicto data [80]), so kommt es schon bei jedem angestellten Interdict quorum bonorum, bei jeder fictitia actio zu Tage, daß er zur bonorum possessio nicht ex edicto berechtigt ist [80a]), er ist also gar nicht in

80) Die Quellen gebrauchen hiefür die Ausdrücke: bonorum possessionem petere non potest, denegari ei debet b. p. (z. B. fr. 3. §. 15. 16. de b. p. c. t. 37. 4.), repellitur a b. possessione (z. B. fr. 11. pr. eod.), b. p. data non intelligitur (fr. 42. §. 2. de bon. lib. 38. 2.).

80a) Nur ist die Frage (was oben Ziff. 71. bei A. 45. als Vermuthung ausgesprochen wurde), ob nicht bei der b. p. sec. tab. schon von Anfang an in Betreff des Beweises ein Vortheil im Ertheiltsein der b. p. lag, indem Kläger nur das Ertheiltsein der b. p. auf Grund proferirter legal-signirter tabulae darzu-

der Lage, sich durch Rechtsmittel in den Besitz der Erbschaft zu bringen. Aber auch wenn er sich nach Empfang der ihm de plano ertheilten bonorum possessio in den Besitz der besitzfreien Erbschaft gesetzt hat, so ist er juristisch doch nur Erbschaftsbesitzer, nicht bonorum possessor, also der Hinterstehende (nicht bloß ein heres, sondern auch ein bloß prätorisch zur Erbschaft Berechtigter) kann nach de plano empfangener bonorum possessio von ihm mit dem Interdictum quorum bonorum die Restituirung der Erbschaftssachen verlangen. Andererseits aber braucht solch ein mit nichtiger bonorum possessio Versehener an die Erbschaftsgläubiger keine Zahlungen zu leisten, da auch die fictitiae actiones eine ex edicto data b. p. voraussetzen, und seine gemachten Zahlungen gelten nicht (in der oben erläuterten Weise) wie die eines bonorum possessor, sondern wie die eines Erbschaftsbesitzers.

γ) Hat Jemand eine bon. poss. sec. tab. ex edicto erlangt, so sind nun auch gegen ihn die Legatsansprüche durchführbar. Im Genaueren stellt sich diese Durchführung der Legate gegen den bonorum possessor, über die wir keine eingehenderen Quellenstellen haben [81]), wohl folgendermaßen. Ist es ein Vindications-

thun hatte, und demgegenüber der Beklagte beweisen mußte, daß das Testament nichtsdestoweniger iure civili nichtig und demgemäß also auch die daraus erbetene b. p. nicht ex edicto data sei.

81) Nur darüber ist eine allgemein lautende Stelle vorhanden, daß, wenn der Eingesetzte (bez. der Vater des eingesetzten Hauskindes) omissa causa testamenti zur b. p. ab intestato greift, nun die Legate gegen ihn ebenso durchgesetzt werden, als hätte er b. p. sec. tab. erbeten. Fr. 21. si quis om. c. 29. 4. (Jul.): Si

legat, so ist natürlich von Seiten des Legatars gegen den bonorum possessor keine besondere fictitia actio nöthig, indem der Legatar ja überhaupt gegen Jeden lediglich als den Sachbesitzer seine rei vindicatio anstellt. Ist es aber ein Damnationslegat, und die bonorum possessio ist in der That, was sie ja ursprünglich immer sein mußte, ex edicto (aus einem recte factum testamentum) gegeben, so ist wiederum eine ficticische obligatorische Klage gar nicht nöthig. Denn wenn das Testament ein iure factum ist, so hat der Legatar die actio directa legati. Ist es dagegen civilrechtlich ungültig, so ist auch die bonorum possessio nicht ex edicto data, der bonorum possessor also überhaupt nicht verpflichtet, der Legatar aber auch nicht berechtigt. Danach stellt sich heraus, daß, so lange die b. p. sec. tab. ihre ursprüngliche Gestalt behielt, wornach sie rein confirmandi iuris civilis gratia aus einem recte factum testamentum gegeben wurde, an den Legatsklagen noch gar nichts zu ändern war. Als nun aber, wie wir sehen werden, der Prätor weiter geschritten ist, und in gewissen Fällen eine bonorum possessio als ex edicto data, wenngleich den civilrechtlichen Erfordernissen nicht entsprechend, zugelassen worden ist, die nur von gewissen Personen zur sine re gemacht werden konnte, da muß auch die Stellung der Legatare eine besondere Berücksichtigung gefordert haben.

filius meus a matre sua heres scriptus fuerit et ego testamenti causa omissa *bonorum possessionem* eiusdem filii nomine petiero, *actio legatorum in me dari debebit* non secus, ac si ipse heres scriptus omissa causa testamenti bonorum possessionem ab intestato accepissem.

Nothwendig müssen hier alle Legatare, deren Recht doch nun denselben Boden hat wie das des Instituirten, gegen den letzteren, wenn seine bonorum possessio in der That cum re wurde, mit ficticischer actio legati (und zwar auch wohl das iure civile inutile Vindicationslegat in Anknüpfung an das SC. Neronianum [82]) als ein ficticisch optimo iure relictum) haben auftreten können [83]).

Ist es dagegen eine b. p. secundum tabulas quae data non intelligitur, so kann natürlich auch Seitens der Legatare keinerlei Recht gegen den, der de plano die bonorum possessio erbeten hatte, durchgeführt werden.

92. Auf Grund der Institutionennachricht, (des Gaius), sowie des uns aus Cicero vorliegenden Edicts über die b. p. sec. tab. haben wir als ältestes Grundprincip dieser Klasse den Satz hinstellen müssen, daß diese bonorum possessio zunächst nur confirmandi iuris civilis gratia aus einem recte factum testamentum edictal gegeben wurde. Also (was bloß die umgedrehte Formulirung desselben Satzes ist) ursprünglich erschien wegen jedes zu Tage tretenden civilrecht-

82) Gai II. 197.

83) Das Resultat, daß die Legate aufrecht erhalten werden, ist ausdrücklich erwähnt in fr. 12. pr. de ini. rupt. 28. 3. (Ulp.): licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest *remque obtinebit .... idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea quae sibi relicta sint securi.* Fein in diesem Commentar XLIV. S. 67.

lichen Nichtigkeitsgrundes des Testaments auch die bonorum possessio als nicht ex edicto data [84]). Dies Grundprincip ist deßhalb so entscheidend für das Verständniß des testamentarischen Erbrechts, weil es auch in der Justinianeischen Compilation die noch immer erkennbare und wirksame Basis des Ganzen bildet.

Aber freilich dies Grundprincip ist im Laufe der Zeiten in wichtigen Punkten, sowohl was die Form als was die Requisite der testamentifactio als endlich was das inhaltliche testari betrifft, überflügelt worden. Der Prätor hat auch hier seine Aufgabe verstanden und erfüllt, nach dem practischen Bedürfniß Abgestorbenes, was allmälig als reine iuris scrupulositas erschien, durch einfachere Vorschriften zu ersetzen, und durch neue gute Gedanken das Rechtsgebiet zu erweitern. Hiemit ist überhaupt der Weg indicirt, auf dem eine genaue Feststellung des Justinianeischen Rechtes allein möglich ist. Es muß in allen Punkten sicher constatirt werden, was zu der alten Basis, auf welcher testamentarisches Civilrecht und bonorum possessio secundum tabulas noch ganz zusammentreffen, positiv-Neues vom Prätor hinzugefügt worden ist. Dies positiv-Neue wird allmälig so bedeutend, daß in manchen Fragen die juristischen Classiker von einem *utrumque ius* reden, also sich genau bewußt sind, daß gegenüber dem Civilrecht

84) Der Prätor hat danach ursprünglich vollständig den Satz anerkannt (fr. 4. qui test. fac. poss. 28. 1. Gai II. 114.): Si quaeramus, an valeat *testamentum*, inprimis animadvertere debemus, an is, *qui fecerit* testamentum, habuerit *testamentifactionem*, deinde si habuerit requiremus an *secundum regulas iuris civilis testatus sit*.

das prätorische auch im testamentarischen Erbrecht eigene und selbständige Gedanken verfolgt hat.

Dies positiv-Neue darzulegen, ist hier noch nicht der Ort; es ist der Specialdarstellung der sec. tab. b. p. vorzubehalten. Nur Ein Punkt macht hievon eine Ausnahme. Es ist der schon erwähnte, in welcher Weise die alte hier bisher erläuterte, von Cicero uns aufbewahrte Edictsredaction durch eine andere Bestimmung ersetzt worden ist. Sehr möglich, daß er der erste der positiv-neuen prätorischen Satzungen in der testamentarischen Erblehre war. So möge er die Brücke bilden, mit der hier zunächst abgeschlossen wird, um von da aus später weiter zu schreiten.

Bei Cicero fordert das Edict: Prolation von tabulae testamenti die non minus multis signis, quam e lege oportet signirt sind. Das spätere Edict, so wie es allen Pandektenjuristen bei ihren Erörterungen vorliegt, forder nicht mehr Prolation, sondern nur das extare der tabulae, und es läßt die Anknüpfung an die gesetzliche Siegelzahl (unter der vielleicht nur die Siegelung der *quinque* testes verstanden war) fallen, indem es als positiv selbständiges Requisit die Siebensiegelzahl hinstellt (vgl. oben Ziff. 86. 87.).

Hierin liegt Zweierlei:

a) Der Prätor verzichtet, indem er die Prolationsvorschrift aufgiebt, auf das Stück von concreter Selbstinspection und Selbstdirection der Erbangelegenheit, die er im Anfange noch sich bewahrt hatte[85]).

85) Durch Mißverständniß dieses Punktes vorzugsweise bin ich zur Aufstellung der irrthümlichen Theorie von „bedingenden und vernichtenden Beweisen" geführt worden; s. oben Ziff. 79.

Somit ist auch diese Frage, nunmehr allen andern gleichstehend, einfach unter den allgemeinen Gesichtspunkt edictaler Ertheilung der bonorum possessio gestellt worden. Die erbetene bonorum possessio wird dem Bittenden regulär de plano ertheilt, und die Untersuchung über das vorschriftsmäßige extare [86]) der mit der Siebenzahl der Siegel versehenen tabulae gehört, wo sich Zweifel und Streit erheben, zu der allgemeinen Feststellung, ob die b. p. ex edicto data sei; eine Feststellung, die in den der Ertheilung der bonorum possessio nachfolgenden Rechtsmitteln vorgenommen wird.

β) Mögen wir uns die Ciceronische Zeit so denken, daß nur fünf Siegel zur Erlangung der bonorum possessio genügten, oder daß es bereits Sitte war, daß auch familiae emtor und libripens mitsignirten, — jedenfalls können wir mit voller Sicherheit constatiren, daß die neue prätorische Vorschrift der Siebensiegelzahl, so wie sie von den juristischen Classikern in-

86) Aus der Vorschrift über das extare beurtheilt sich auch folgender Fall: fr. 1. §. 7. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Ulp.): Sed si unum fecerit testator quasi testamentum, aliud quasi exemplum, *si quidem id extat* quod voluit esse testamentum, bonorum possessio petetur, si vero id quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit. Es wird unter diesem extare natürlich ein mit der voluntas des Erblassers zusammentreffendes Extiren verstanden. Ist diese voluntas in Betreff des existirenden Exemplars vorhanden, so schadet es nicht, wenn ein anderes Exemplar untergegangen ist; fr. 1. §. 5. eod.: si quis in duobus exemplaribus fecerit testamentum, *et aliud extet* aliud non extet, *tabulae extare videntur* petique potest bonorum possessio.

terpretirt wird, nicht mehr als confirmatorische Adoption des ex lege Geltenden, sondern als etwas Neues, den Boden des Civilrechts Verlassendes, gemeint gewesen ist.

Der volle Beweis hiefür liegt in der Stelle des Gaius II. 119:

Praetor *tamen*, si septem signis testium signatum sit testamentum, ***scriptis heredibus secundum tabulas testamenti*** (bonorum possessionem) [87]) ***pollicetur***; si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ***ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem***: nam idem iuris est ***et si alia ex causa testamentum non valeat***, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit [88]).

Der Unterschied zwischen dem älteren prätorischen Rechte und diesem neuen ist einfach der in Ziff. 91. geschilderte Gegensatz zwischen einer b. p. quae data non intelligitur und einer b. p. die zur sine re gemacht werden kann. Der Prätor bleibt im Uebrigen dabei stehen, daß seine b. p. secundum tabulas ***testamenti*** gegeben sein soll. Also jeder anderweitige civilrechtliche Mangel soll die ertheilte bonorum possessio als nicht ex edicto data erscheinen lassen. Aber rücksichtlich der Testamentsform betritt er jetzt eine neue Bahn. Die Vorschrift über die Siegel soll nicht

87) Vgl. oben Ziff. 86. a. E.

88) Ebenso Ulp. XXVIII. 6.: *Etiamsi iure civili non valeat testamentum*, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, *si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis*, bonorum possessio *datur*.

mehr die Adoption der gesetzlichen Siegelzahl sein; sondern die 7 Siegel sind (mag man sich die gesetzliche Siegelzahl als 5 oder auch als 7 denken) jetzt eine eigene vom Civilrecht getrennte prätorische Bestimmung [88a]). Diese hat den Sinn, daß sie rücksichtlich der Form ausreichen soll, daß sie nicht mehr die äußere Erscheinung des Mancipationstestamentes aufsucht, sondern umgekehrt von den Formen des Mancipationstestamentes abstrahirt. So kommt es, daß die Erfordernisse des Mancipationstestaments, insbesondere die richtige Vornahme der zwei Hauptpunkte, der familiae mancipatio und der nuncupatio [89]), nun für den Bestand der b. p. sec. tab. an sich gleichgültig werden. Die bonorum possessio ist jetzt *ex edicto* data, sobald nur die Siebensiegelzahl vorhanden ist, sie sinkt nicht mehr als non data zusammen, sobald bei der practischen Durchführung der ertheilten bonorum possessio ein formeller Mangel des Mancipationstestamentes constatirt wird.

Der Inhalt dieser neuen prätorischen Verfügung zeigt, daß sie erst einer Zeit angehören kann, wo die Formalitäten des Mancipationstestamentes bereits als lästige und überlebte Unnützlichkeiten des Civilrechts empfunden wurden [90]). Schon darin liegt, daß sich eine

88a) Eine größere Zeugenzahl schadet nicht. Paul. rec. sent. VI. 4a. §. 10.

89) Zu diesen Punkten gehörte auch noch insbesondere der Fall des Testirens einer Frau ohne *tutoris auctoritas.* Gai. II. 118.: Observandum praeterea est, ut si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, tutoris auctoritate facere debeat: alioquin inutiliter *iure civili* testabitur (folgen die eben im Text abgedruckten Worte).

90) Das mag aber bald nach Cicero, in der Augusteischen

solche Bestimmung unmöglich in den Anfang des Instituts der bonorum possessio rücken läßt, welcher so weit vor Cicero zurückreicht, daß damals dem Act des Mancipationstestamentes noch volle Festigkeit im Volksleben zugeschrieben werden muß, die dem Prätor lediglich eine confirmatorische, noch nicht wie in dieser neuen Bestimmung eine emendatorische Thätigkeit gestattete.

Freilich fehlte noch Viel, daß durch die neue Satzung bereits eine zweite selbständige Form schriftlicher Testamente geschaffen worden wäre. Aber es war doch der erste Schritt auf diesem Wege. Der Prätor hatte jedenfalls das damit anerkannt, daß er seinerseits aus solcher erblasserischen Verfügung eine testamentarische

Zeit, vor sich gegangen sein. Ja es finden sich sogar schon zu Cicero's Zeit, obgleich damals die b. p. sec. tab. noch die legale Siegelzahl voraussetzte (s. oben Ziffer 86. A. 47.), die Vorboten der neuen Verfügung. Huschke hat in seiner vorzüglichen Abhandlung de causa Siliana (Studien S. 19. ff.) aus Cic. ad fam. 7. 21. nachgewiesen, daß Trebatius den Fall der testirenden, nicht capite deminucirten, Frau dem in der vorigen Note erwähnten Falle gleichartig beurtheilt hat. Jedenfalls muß danach damals von bedeutenden Juristen, insbesondere Trebatius, der Edictspassus von der sec. tab. b. p. bereits so interpretirt worden sein, daß, wenn nur die legale Siegelzahl vorhanden wäre, es im Uebrigen auf die civilrechtlichen Formalitäten des Civilrechts nicht weiter ankomme, und also trotz eines Mangels in dieser Hinsicht die ertheilte b. p. sec. tab. doch als ex edicto data anzusehen sei. Dies wird eben der Grund gewesen sein, daß bald ein nachfolgender Prätor die Vorschrift der Siebensiegelzahl in dem selbständigen, dem Civilrecht entgegengesetzten Sinn ins Edict aufnahm, wie derselbe für die Pandektenjuristen vollständig feststeht.

Succession zulasse. Darin liegt unbedingt, daß, wenn danach eine b. p. sec. tab. gegeben ist, von der Ertheilung einer bonorum possessio an lediglich vom Prätor (sine testamento und sine lege) Gerufene nicht mehr die Rede sein kann. Den Civilerben tritt die prätorische Bestimmung noch in keiner Weise entgegen; sie, aber auch nur sie, können durch Anstellung der hereditatis petitio die ertheilte bonorum possessio zur sine re machen. Aber das umfaßt nun von selbst das Dreifache: daß, bis der heres auftritt, der bonorum possessor das einstweilige Verfügungsrecht über die Erbschaft erhält, wie es oben rücksichtlich der b. p. sine re geschildert worden; ferner, daß, wenn der heres gar nicht auftritt, die bonorum possessio zur cum re wird (si nemo sit ad quem pertineat hereditas, poterunt scripti heredes retinere hereditatem); endlich daß, wenn in dieser Weise die bonorum possessio zur cum re wird, nun auch die Legatare in der vorher erörterten Weise durch fictitia actio legati zu dem ihnen Vermachten gelangen.

93. Der so eben ausgesprochene Satz, daß die Signation mit den sieben Siegeln als eine prätorisch selbständige vom Civilrecht absichtlich abgelöste Rechtsbestimmung dasteht, geht aus den Expositionen der classischen Juristen mit der größten Deutlichkeit hervor[91]).

91) Mehrfach heben sie, mit anderen Fragen beschäftigt, diesen Punkt nebenbei als die nothwendige Voraussetzung der b. p. sec. tab. hervor. Fr. 19. qui test. fac. poss. 28. 1. (Mod.): si . . tabulas testamenti fecerit, *signaverit*. Fr. 12. pr. de ini. rupt. 28. 3. (Ulp.): attamen, *si signatum fuerit testamentum*, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest.

Sie behandeln die Signationsvorschrift als ein eigenes Rechtsprincip, aus dem sie die sich ergebenden Detailfragen beurtheilen; sie fassen sie zusammen mit dem Civilrecht als das *ius utrumque*, was bei einer einzelnen Frage zusammentreffen, aber auch ganz auseinander gehen könne. Es ist nöthig, dies durch eine Reihe von Pandektenstellen zu belegen.

Wenn es sich um äußere Verletzungen der Urkunde handelt, so kommt es lediglich auf die Anwendung des Princips an, ob man die *tabulae* noch *signatae* nennen kann.

Fr. 1. §. 10. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Ulp.): Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, si quidem alius contra voluntatem testatoris inciderit, bonorum possessio peti potest: quodsi ipse testator id fecerit, *non videntur signatae* et ideo bonorum possessio peti non potest.

Ebenso in folgenden Fällen casueller Verletzung:

Fr. 1. §. 11. eod.: Si rosae sint a muribus tabulae vel linum aliter ruptum, vel vetustate putrefactum vel situ vel casu, *et sic videntur tabulae signatae*, maxime si proponas vel unum linum tenere. Si ter forte vel quater linum esset circumductum, *dicendum est signatas tabulas eius* [nihilosecius? Mommsen] *extare*, quamvis vel incisa vel rosa sit pars uni [lini?].

Wenn die Signation zugleich an mehren Testamenten vorgenommen wurde, so folgt, da die Signation jetzt das Entscheidende ist, daß beide wie ein einziges Testament behandelt werden:

Fr. 1. §. 6. eod.: Sed et si in duobus codicibus *simul signatis* alios atque alios heredes scripserit et utrumque extet, ex utroque quasi ex uno

competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est et supremum utrumque accipiemus.

Väterliches Testament und Pupillarsubstitution gelten, das adoptirt auch der Prätor, als ein einziges. Dies auf die prätorische Testamentsform angewandt ergiebt, da das väterliche Testament der eigentliche Sitz des letzten Willens ist, das Resultat, daß es auf die unverletzte Siegelzahl an der väterlichen Urkunde ankommt:

Fr. 20. pr. de vulg. et pup. 28. 6. (Ulp.): Patris et filii testamentum pro uno habetur ***etiam in iure praetorio:*** nam, ut Marcellus libro digestorum nono scribit, ***sufficit tabulas esse patris signatas*** etsi resignatae sint filii, et ***septem signa patris sufficiunt.***

Hinterläßt Jemand zwei zu verschiedenen Zeiten signirte Testamente, so würde an sich das spätere das frühere aufheben. Erweist sich aber das spätere als leer, so ist, da das signirte Testament doch immer nur die Hülle sein soll, die eine materielle Willenserklärung des Erblassers d. h. eine utilis institutio enthält, das frühere Testament gar nicht als aufgehoben zu betrachten:

Fr. 11. de ini. rupt. 28. 3. (Ulp.): Si binae tabulae proferantur diversis temporibus factae, unae prius aliae postea, ***utraeque tamen septem testium signis signatae***, et apertae posteriores vacuae inventae sint, id est nihil scriptum habentes omnino, superius testamentum non est ruptum, quia sequens nullum est.

Hat der Erblasser zuerst ein Testament mit 7 Siegeln versehen, dann diese aufgerissen und es hierauf von Neuem signiren lassen, so ist es [mag man fünf oder

sieben Siegel beim civilrechtlichen Testament annehmen [92])], die übrigen Mancipationstestamentssolennitäten vorausgesetzt, jedenfalls ein gültiges Civiltestament. Aber es ist ebenso auch nach dem sich in der Form dem Civilrecht ganz selbständig gegenüberstellenden prätorischen Rechte ein gültiges Testament. Denn nach den Principien beider Rechte kann die Rücknahme der Form ebenso wenig wie ein früherer anderer Wille in Betracht kommen, wenn nachher nur allen Erfordernissen genügt worden ist. Hier treffen also beide Rechtsgebiete zusammen [93]). — Dies sagt das besonders charakteristische

fr. 23. qui test. fac. poss. (Ulp.): Si testamentum, quod resignaverit testator, ***iterum signatum fuerit septem testium signis***, non erit imperfectum, ***sed utroque iure valebit tam civili quam praetorio*** [94]).

92) Denn jedenfalls, wenn fünf nur nöthig waren, so schaden sieben auch nichts; s. A. 88 a.

93) Auch in Betreff der genaueren Einrichtung der signa hat wohl für Civilrecht wie prätorisches dasselbe gegolten. fr. 22. §. 2—7. qui test. fac. poss. 28. 1.

94) Bei dieser Selbständigkeit der prätorischen Bestimmung über die Signation gegenüber dem Civilrecht bleibt es aber doch rücksichtlich solcher Fragen der Testamentserrichtung, in denen der prätorische Zweck, von den civilrechtlichen Formalitäten abzusehen, nicht in Betracht kommt, einfach bei dem ursprünglichen Grundprincip, daß der Prätor in der secundum tabulas b. p. sich an die Bestimmungen des Civilrechts anschließt. Dies zeigt besonders deutlich fr. 14. de testibus 22. 5. (Papinian.): Scio quidem tractatum esse an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus? Et sane iuste testimonii officio ei interdicetur. Existimo ergo *neque iure civili* testamentum valere ad quod huiusmodi testis processit, *neque iure praetorio quod ius civile subsequitur*, ut neque hereditas

94. — 2) Thätigkeit des Prätors bei Handhabung der secundum tabulas bonorum possessio.

Der Grundgedanke des Instituts — daß die Erbbesitzertheilung ein aus Aequität gewährtes prätorisches Beneficium sei, — hat zur Folge gehabt, daß der Prätor sich die Stellung wahrte: da wo in einzelnen Fällen die Sachlage mit den vom Prätor verfolgten Zwecken in Widerspruch zu gerathen schien, selbstthätig in den regulären Gang der Gewinnung des Beneficiums einzugreifen. Mehr wie bei der legitimen Erbklasse wird sich ein Anlaß zu solchem Eingreifen bei der secundum tabulas b. p. geboten haben. Wenigstens erwähnen die Quellen in dieser Hinsicht nur diese.

a) Einen instructiven Fall erzählt Cicero wiederum als einen der Anklagepunkte gegen den Verres, und zwar speciell als ein Beispiel von des Verres superbia gegen die plebs Romana.

Verr. II. 1. §. 123. Superbia vero quae fuerit, quis ignorat? quemadmodum iste tenuissimum quemque contempserit, despexerit, liberum esse nunquam duxerit? P. Trebonius viros bonos et honestos complures fecit heredes: in iis fecit suum libertum. Is A. Trebonium fratrem habuerat proscriptum. Ei cum cautum vellet, scripsit, ut heredes iurarent se curaturos, ut ex sua cuiusque

adiri neque bonorum possessio dari possit. Gleichartig ist auch der Gedankengang in dem zunächst vom Civiltestament handelnden fr. 20. §. 4. qui test. fac. poss. 28. 1.: Ne furiosus quidem testis adhiberi potest cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest: *testamentum* quoque quod ante furorem consummavit *valebit, et bonorum possessio ex eo testamento competit.*

parte ne minus dimidium ad Trebonium illum proscriptum perveniret. Libertus iurat, ceteri heredes adeunt ad Verrem: docent ***non oportere se id iurare facturos esse, quod contra legum Corneliam esset, quae proscriptum iuvari vetat.*** Impetrant ut ne iurent: ***dat his possessionem. Id ego non reprehendo***; etenim erat iniquum, homini proscripto egenti de fraternis bonis quidquam dari: libertus, nisi ex testamento patroni iurasset, scelus se facturum arbitrabatur. **124.** Itaque ***ei Verres possessionem hereditatis negat se daturum***, ne posset patronum suum proscriptum iuvare; simul ut esset poena, quod alterius patroni testamento obtemperasset. ***Das possessionem ei qui non iuravit; concedo: praetorium est. Adimis tu ei, qui iuravit. Quo exemplo***[95]) ?. Proscriptum iuvat: lex est; poena est: ***quid ad eum qui ius dicit?*** Utrum reprehendis, quod patronum iuvabat eum, qui in miseriis erat; an quod alterius patroni mortui voluntatem conservabat, a quo summum beneficium acceperat? Utrum horum reprehendis? Et hoc tam de sella vir optimus dixit: „Equiti Romano tam locupleti, libertinus homo sit heres?“ O modestum ordinem quod illinc vivus surrexerit!

Cicero gebraucht hier das adimere bonorum

95) Später deutet Cicero diesen Fall nochmals an §. 177. Veniunt ut dico ad Chelidonem. Domus erat plena: nova iura, nova decreta, nova iudicia petebantur. „*Mihi det possessionem, mihi ne adimat;* in me iudicium ne det; mihi bona addicat.“ — Vgl. auch *Corn. Fronto* de differ. vocabulor. (Putsch, Gramm. lat. auct. p. 2202.): *adimit* imperio coactus . . . *adimere* iubemur.

possessionem in dem Sinne von negare se daturum bonorum possessionem. Er sagt, es sei durchaus dem traditionellen prätorischen Standpunkt gemäß gewesen (praetorium est), denjenigen heredes, die den ihnen vom Erblasser aufgelegten Eid, dem proscribirten Bruder einen Theil abgeben zu wollen, verweigerten, dennoch die bonorum possessio zu geben. Dagegen sei es ohne Präcedenzfälle, daß Verres dem schwörenden Freigelassenen, — der dies gethan habe aus Gehorsam gegen den verstorbenen Patron und aus Mitleid gegen dessen im Unglück lebenden Bruder, — die bonorum possessio verweigert habe. Man könne nicht dagegen einwenden, daß er in unzulässiger Weise einen Proscriptus unterstützt habe. Dafür sei das Gesetz da und die poena des Gesetzes. Aber den die Jurisdiction ausübenden Magistrat gehe dies bei der Frage über Ertheilung der bonorum possessio gar nichts an, und es liege hierin nicht der geringste Grund für Verweigerung der bonorum possessio. Man sehe aber auch, schließt Cicero, daß dies überhaupt gar nicht das wirkliche Motiv des Verres gewesen. Letzteres bestehe vielmehr in der superbia gegen Niedrigstehende, wie die mitgetheilten, von Verres bei der Gelegenheit gesprochenen Worte deutlich zeigten.

Wenn nun auch Cicero dies als einen Fall anführt, in dem Verres in ungebräuchlicher Weise bei der Ertheilung der bonorum possessio eingegriffen habe, so sehen wir doch auch wieder andererseits daraus, mit wie freiem Ermessen der Prätor seinem Institute gegenüberstand, so daß Cicero gegen den Verres, indem er so verfuhr, doch eben nur den Vorwurf der superbia gegen die kleinen Leute daraus ableiten konnte. Weitere Beispiele dieses dem Prätor, ja sogar auch noch dem

(in Folge einer Appellation gegen den Prätor auftretenden) Consul zustehenden freien Ermessens erzählt Valerius Maximus.

Val. Max. VII. 7. §. 6.: Quid Mamerci Aemilii Lepidi consulis quam grave decretum? Genucius quidam, matris magnae Gallus, a Cn. Oreste praetore [96]) urbis impetraverat, ut restitui se in bona Naeviani [97]) iuberet, quorum possessionem secundum tabulas testamenti ab ipso acceperat. Appellatus *Mamercus* a Surdino, cuius libertus Genucium heredem fecerat, *praetoriam iurisdictionem abrogavit:* quod diceret Genucium amputatis sui ipsius sponte genitalibus corporis partibus neque virorum neque mulierum numero haberi debere. Conveniens Mamerco, conveniens principi senatus decretum, quo provisum est, ne obscoena Genucii praesentia inquinataque voce, *tribunalia magistratuum sub specie petiti iuris polluerentur.*

Die Appellation ist hier gegen den auf die ertheilte bonorum possessio gestützten interdictalen Restitutionsbefehl gerichtet [98]), aber der Fall wird doch von dem Gesichtspunkte aus entschieden, daß schon überhaupt die Ertheilung der bonorum possessio an eine solche geschändete Person hätte unterbleiben sollen. Die Art nun, wie hier der Interdictsspruch des Prätors

96) Dies ist Cn. Aufidius Cn. f. Orestes, der im Jahr 683 a. u. c. Consul war, und die Prätur 677, als D. Junius D. f. M. n. Brutus und Mamercus Aemilius Mam. f. M. n. Lepidus Livianus Consuln waren, bekleidete.

97) Kempf, p. 586. seiner Ausgabe, liest statt dessen: Naevi Ani.

98) Vgl. oben Ziff. 79.

aufgehoben wird, gewährt einen Rückschluß auf das oben Ziff. 79. A. 10. Gesagte. In der Aufhebung des Interdictsspruchs liegt der Gedanke, daß der Prätor solches Interdict gar nicht hätte erlassen sollen. Das aber kann nicht bloß in diesem Fall, sondern auch in anderen ihm gleichstehenden gesagt werden. Und dahin kann man in diesem ganz auf Aequität ruhenden Institute, schon von früh an, den Fall gerechnet haben: wenn ein bonorum possessor den Interdictsschutz gegen einen besser berechtigten heres in Anspruch nimmt, der unter Versäumung der bonorum possessio die Civilerbantretung vorgenommen hat, und nun im Interdictsproceß zur Herausgabe der Erbschaftssachen gezwungen werden soll, die er alsbald nachher mit der hereditatis petitio zurückfordern wird. Man kann auch hier mit Transposition der citirten Worte fragen: warum noch die tribunalia magistratuum inquietiren „sub specie petiti iuris“, da es sich hier freilich nicht um eine unwürdige Persönlichkeit, aber doch um eine rein unnütze Constituirung eines unmittelbar wieder zu besiegenden Besitzers handelt? Unter solchen Umständen konnte ein Prätor gewiß von vorn herein das Interdict aus der de plano ertheilten bonorum possessio denegiren. Später hat dann aber auch, wenigstens in gewissen Fällen, solche Behauptung des heres, daß der Interdictskläger etwas petire quod redditurus est, den Stoff zur Gewährung einer exceptio doli abgegeben [99]). —

Die obige Behauptung, daß die im §. 6. von Valerius Maximus mitgetheilte Entscheidung auf dem

99) Huschke Studien S. 23. geht noch weiter, und nimmt schon für Cicero's Zeit den Bestand der exceptio ni legitimo iure hereditas ad se pertineret an.

Gesichtspunkte ruhe, es hätte an eine derartig geschändete Persönlichkeit überhaupt gar keine bonorum possessio ertheilt werden sollen, wird bestätigt durch den gleich folgenden §. 7., in welchem für einen ähnlichen Fall das gleich von vorn herein richtige prätorische Verfahren lobend jenem ersteren Fall gegenübergestellt wird.

Val. Max. VII. 7. §. 7.: Multo Q. Metellus [100]) praetorem urbanum severiorem egit, quam Orestes gesserat: qui Vecillo *lenoni bonorum Vibieni possessionem secundum tabulas testamenti non dedit*, quia vir nobilissimus et gravissimus fori ac lupanaris separandam conditionem existimavit, nec aut factum illius comprobare voluit, qui fortunas suas in stabulum contaminatum proiecerat, aut huic tanquam integro civi iura reddere, qui se ab omni honesto vitae genere abruperat.

Man sieht aus diesen Beispielen, daß in der Ciceronischen Zeit die Ertheilung des Beneficiums der bonorum possessio eine Sache war, in der man allerdings wesentlich auf Präcedenzfälle (exempla) hielt, um sagen zu können, ob etwas „praetorium“ sei oder nicht; daß aber immerhin Vieles noch schwankend und unsicher war, so daß der Eine den Ruf hinterlassen konnte, rücksichtlich der Zulassung zu den Vortheilen des Erbbesitzes eine „strengere Prätur“ geführt zu haben, als ein Anderer. Mit der Zeit aber mußte sich Alles nothwendig immer mehr fixiren, und für wichtige öfter vorkommende Fragen sich eine völlig feste Praxis oder auch edictale Bestimmung herausarbeiten. Wie sich für

100) Wohl Q. Caecilius Metellus Celer, Prätor im J. 691 a. u. c. Vgl. *Orelli* et *Baiter* Onomasticon Tullianum p. 107. *Kempf* ed. Val. Max. p. 587.

die classische Zeit hieraus die fixirten Gegensätze der Ertheilung de plano, causa cognita, und der decretalis bonorum possessio ergeben haben, wird später darzustellen sein.

95. — B. Die *bonorum possessio unde legitimi.*

Wenn die bonorum possessio an den legitimus heres gegeben wurde, — so wie Gaius und die Institutionenstelle dies für die sui und agnati (s. oben Ziff. 86.) und die Verrinen in der Erzählung des Minucischen Falles für die Gentilen feststellen —, so richtete sich der Prätor zunächst sicherlich ganz nach den Vorschriften des Civilrechts. Also derjenige, welcher in dieser Klasse de plano die bonorum possessio zugetheilt erhielt, hatte nun doch in dem darauf folgenden Proceß (wofern überhaupt eine Bestreitung seiner Stellung und eine Hinderung des eigenmächtigen Besitzergreifens der Erbschaft eintrat) darzuthun, daß die bonorum possessio eine ex edicto ertheilte sei. Und da das Edict hier die bonorum possessio nur an den legitimus heres geben will [1]), so muß also auch der bonorum possessor in dem Interdictsproceß sein legitimes Erbrecht nachweisen, wofern nicht seine bonorum possessio als non data zusammensinken soll. Also in diesem iudicium — um die Worte des fr. 16. §. 1. de inoff. test. hierauf anzuwenden (Ziff. 79. N. 8.) — de iure agnationis oder gentilitatis quaeritur [2]).

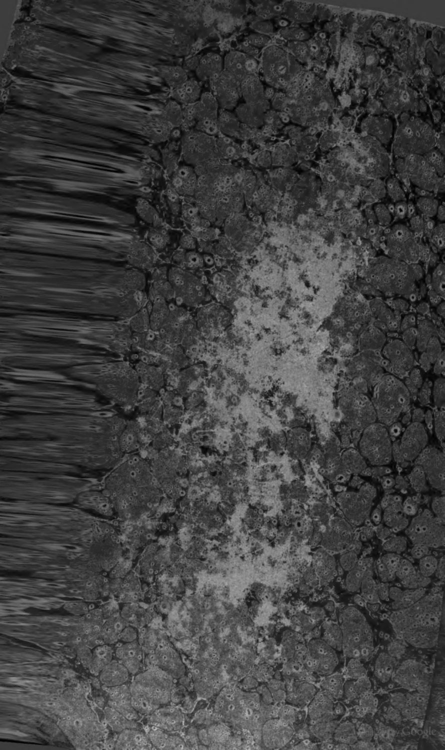
1) Fr. 6. §. 1. h. t.: bonorum possessiones competunt . . . nec non ab intestato *habentibus ius legitimum.*

2) Auch hier wird die bonorum possessio nicht dem „wahrscheinlichen" heres zugetheilt; s. oben Ziff. 37. N. 48.

Von den weiteren Schritten des Prätors, wonach derselbe über die Bestimmungen des Civilrechts hinausgegangen ist, und auch gewisse vom Civilrecht nicht Gerufene in dieser Klasse zugelassen hat, nämlich der Admission des proximus agnatus beim Vorhandensein eines suus heres, und der (controvers gebliebenen) Admission des entfernteren Agnaten trotz eines vorhandenen aber die hereditas omittirenden proximus agnatus, — ist schon oben Ziff. 68. die Rede gewesen. Dies steht ganz parallel dem, daß der Prätor in der secundum tabulas b. p. dazu vorgeschritten ist, in bestimmten Fällen auch aus einem civilrechtlich ungültigen Testamente eine edictal gültige bonorum possessio zuzusagen.

II. Die *bonorum possessio quae sine testamento* und *sine lege datur.*

Ueber dieses Gebiet fehlt uns aus der Ciceronischen Zeit abgesehen von dem oben Mitgetheilten (Ziff. 18. f.) alles weitere Quellenmaterial. Nach dem, was Cicero darüber sagt, wird man annehmen müssen, daß damals hier noch Alles von dem das aequius aequissimumve abwägenden Arbitrium des Prätors, ohne daß es bereits zu edictalen Bestimmungen gekommen wäre, abhing. Damit ist aber immer vereinbar, daß dabei schon Manches in der traditionellen Praxis der Prätoren zu einer gewissen Festigkeit gelangt war, was wir dann bald darauf in den uns erhaltenen Edictssatzungen formulirt finden.



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google